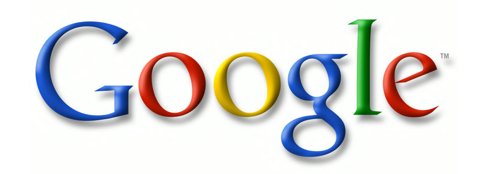


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

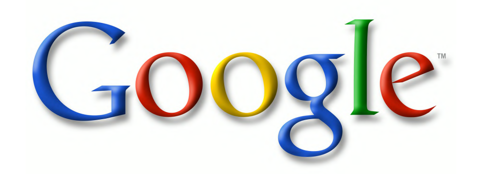
Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

L Rom c. 12e 34

Roman

500

✓ 2 53





8 III 151.

Lehrbuch

der

Pandekten.

Von

Dr. Karl Adolph von Vangerow,

Großherzoglich Badischem Geheimenrath und ordentlichem Professor des Rechts zu Heidelberg, Kommandeur erster Klasse des Ordens vom Zähringer Löwen.

Erster Band.

Siebente vermehrte und verbesserte Auflage.

Marburg und Leipzig.

N. G. Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.

1863.

Prof. Dr. iur. Elemér Balogh

Dem

Senior der Heidelberger Juristen-Fakultät

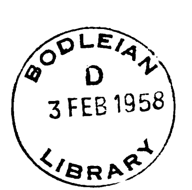
Karl Joseph Anton Mittermaier

seinem vieljährigen hochverehrten Kollegen und lieben Freunde

dankbarst

gewidmet

vom Verfasser.


BODLEIAN
D
3 FEB 1958
LIBRARY

Vorrede zur ersten Auflage.

Ich halte es für ein wesentliches Erforderniß einer Pandekten-Vorlesung, daß die mündliche Entwickelung des Lehrers sich nicht blos fragmentarisch über viele Einzelheiten verbreite, sondern das Ganze des Systems in seinem organischen Zusammenhange den Zuhörern zur Anschauung bringe. Gerade hierbei nämlich ist das lebendige Wort des seines Stoffs völlig mächtigen Lehrers von der höchsten Bedeutung, und ein so vorzügliches Hilfsmittel für scharfe und richtige Auffassung, daß dasselbe wohl schwerlich durch das blose Studium eines, wenn auch noch so ausgezeichneten, Lehrbuchs vollständig ersetzt werden kann. Natürlich setze ich dabei einen eigentlich freien Vortrag voraus, also einen solchen, bei welchem der Lehrer im Augenblicke des Vortrags wahrhaft selbstthätig ist. Diktirende und lesende Vorträge sollten billiger Weise gar nicht mehr gehalten werden, denn sie sind nicht nur geisttödtend für den Lehrer, und wohl geeignet, ihm seinen Beruf zu einer wahren Plage zu machen, sondern ihnen fehlt auch nothwendig die eindringliche Lebendigkeit, die dem mündlichen Unterrichte gerade seinen wahren Werth giebt.

Es ist nun meiner Ansicht nach für solche Vorträge eher hinderlich, als förderlich, wenn man ein ausgeführtes Lehrbuch zu Grunde legt; denn nicht nur, daß der Lehrer Anstand nehmen wird, das, was in dem Kompendium steht, und ihm freilich sehr klar und deutlich ist, nochmals mündlich vorzutragen, so wird sich auch häufig zeigen, daß der Zuhörer einer solchen Entwicklung nicht die erforderliche Aufmerksamkeit zuwendet, „weil ja das Lehrbuch

schon dasselbe mit andern Worten enthalte". So erklärt es sich denn freilich sehr natürlich, daß wirklich fast überall, wo ein ausgeführtes Lehrbuch zu Grunde gelegt wird, die wesentliche Thätigkeit des Lehrers nur darauf gerichtet ist, in aller Breite spezielle Ausführungen zu einzelnen Sätzen dieses Lehrbuchs zu geben, namentlich, wenn dieselben bestritten sind; im Uebrigen aber, also gerade da, wo die Beihilfe des Lehrers ganz vorzüglich wünschenswerth wäre, wird der Zuhörer auf das Studium des Kompendiums verwiesen. So entsteht denn nicht sowohl eine Pandekten-Vorlesung, als vielmehr ein Vortrag über einzelne auserwählte Stücke der Pandekten, oder über jus civile controversum, ein Vortrag, der gewiß auch seinen Nutzen hat, aber nur nicht den, welcher durch eine eigentliche Pandekten-Vorlesung erreicht werden soll.

In gewisser Weise muß ich daher die h. z. T. sich immer mehr, namentlich auch unter jüngeren Dozenten, verbreitende Sitte, Vorträge nach einem blosen Grundrisse zu halten, für einen wahren Fortschritt in der Methode halten, denn nicht nur der Lehrer muß dann die Entwickelung des Ganzen zum wesentlichen Gegenstande der Vorlesung machen, sondern auch für die Zuhörer ist es ein unabweisliches Bedürfniß, allen solchen Ausführungen mit vollster ungetheilter Aufmerksamkeit zu folgen. Sehr gewöhnlich fallen aber solche Vorträge in den umgekehrten Fehler, daß darin auch eben nichts weiter gegeben wird, als eine ziemlich allgemein gehaltene Entwicklung des Systems im Ganzen, wie es sich bei dem Lehrer gestaltet hat. Es muß aber eine Pandekten-Vorlesung, wenn sie ihren Zweck vollständig erreichen will, dem Zuhörer auch Untersuchungen vor Augen legen, die in das feinste Detail eingehen; denn dies wird nicht nur durch den unmittelbaren praktischen Zweck einer solchen Vorlesung dringend erheischt, sondern es wird auch gerade durch solche Ausführungen ganz vorzüglich auf Erweckung und Belebung des juristischen Sinns der Zuhörer gewirkt, worauf um so mehr Rücksicht genommen werden muß, da man mit Recht die Pandekten-Vorlesung als die eigentliche Basis der juristischen Bildung betrachtet. Außerdem aber darf auch der Lehrer sich nicht blos auf die Entwickelung seiner individuellen Ansicht beschränken, sondern auch die abweichenden Meinungen Anderer haben Anspruch

auf Berücksichtigung. Eine detaillirte Dogmengeschichte in den Kreis der Pandekten-Vorlesung zu ziehen, ist freilich unmöglich; aber gewiß mit Recht wird an den, die Universität verlassenden, Juristen die Anforderung gemacht, daß er mit dem jetzigen Stande der Wissenschaft vertraut, und ihm wenigstens die bedeutenderen Streitfragen unserer Zeit, nicht blos dem Namen, sondern auch ihren wesentlichen Gründen nach, nicht fremd seien.

Diesen letzteren Ansprüchen an eine Pandekten-Vorlesung genügt nun, wie gesagt, ein Vortrag nach einem blosen Grundrisse wohl niemals, und es ist dies freilich auch nicht anders möglich, wenn die einer akademischen Vorlesung angewiesenen Zeitgrenzen nicht weit überschritten werden sollen. Sehr passend wird nun meines Erachtens diesem Mangel dadurch begegnet, daß mit einem solchen Grundriß eine größere Zahl spezieller Ausführungen verbunden, und dabei auch namentlich auf die abweichenden Meinungen Anderer die entsprechende Rücksicht genommen wird. Zwar muß der Lehrer die meisten so besprochenen Punkte doch auch wieder in seinen mündlichen Vorträgen berühren; aber es fällt in die Augen, daß dieses in einer sehr viel weniger Zeit raubenden, und doch mehr geeigneten Weise geschehen kann, als wenn erst das ganze weitschichtige Material den Zuhörern punktenweise mitgetheilt werden müßte.

In diesem Sinne nun ist der vorliegende Grundriß ausgearbeitet, der sich von den bisherigen Hilfsmitteln für Pandekten-Vorlesungen namentlich durch die sehr beträchtliche Anzahl mehr oder weniger ausführlicher Anmerkungen unterscheidet. Gerade diese wesentliche Verschiedenheit in der ganzen Anlage gab mir auch den Muth zur Veröffentlichung desselben; denn ich durfte mich der Hoffnung hingeben, daß ein Buch, nach diesem Plan ausgearbeitet, nicht blos meinen individuellen Bedürfnissen für meine Vorlesungen entsprechen, sondern auch in einem größeren Kreise nützlich sein würde. Namentlich glaubte ich mir den Dank tüchtiger Praktiker zu verdienen, wenn ich ihnen in gedrängter Kürze eine kritische Darstellung neuerer Untersuchungen über eine bedeutende Zahl zivilistischer Rechtsfragen darböte.

Ob die Ausführung dieses Planes wirklich nicht ganz ungenügend, und ob durch meine Arbeit auch die Wissenschaft gefördert

sei? darüber erwarte ich das Urtheil kompetenter Richter. Wenigstens beabsichtigte ich nicht Materialien blos zu kompiliren, sondern meine Aufgabe war es, dieselben auch kritisch zu sichten. Dadurch haben nun viele Ausführungen einen polemischen Anstrich erhalten, der Manchem für ein Buch, was hauptsächlich auch zum Gebrauche bei Vorlesungen bestimmt ist, nicht ganz passend erscheinen möchte. Ich kann diese Meinung nicht theilen. Eine Polemik, wie sie hier allein vorkommt, die durchaus nur die Sache, nicht die Person in's Auge faßt, kann meines Erachtens niemals gehässig sein, und sie hat auch auf Studirende gewiß nur den erfreulichen Einfluß, daß sie dadurch zu eigenem schärferen Prüfen angeregt werden. Nur an einigen wenigen Stellen kommen scheinbar harte Aeußerungen vor; aber dieselben sind gegen einige neuere und neueste Erscheinungen der zivilistischen Literatur gerichtet, die mit der dünkelhaftesten Anmaßung eine so unglaubliche Absurdität verbinden, daß jeder Urtheilsfähige meine Aeußerungen darüber für höchst glimpflich und mäßig halten muß. Bei dergleichen Produkten kann gar nicht von einer wissenschaftlichen Polemik, sondern nur davon die Rede sein, daß man sie, wie sie verdienen, öffentlich an den Pranger stelle. — — —

Marburg, im August 1838.

Der Verfasser.

Vorrede zur sechsten Auflage.

Die lange Zeit, die von dem Erscheinen der ersten Lieferungen dieses Werkes an bis zur gänzlichen Beendigung desselben verflossen ist, brachte es mit sich, daß schon vor dessen Vollendung mehrere neue Auflagen nöthig wurden. Wollte ich nicht die Beendigung des Ganzen in unbestimmte Ferne hinausrücken, so mußte ich während dieser Zeit auf eine neue Bearbeitung der früher erschienenen Theile verzichten, und so waren denn die neuen Auflagen nichts als blose Abdrücke, wie auch in den kurzen Bevorwortungen derselben bemerkt worden ist. Gewiß hat Niemand das Bedürfniß einer gründlichen Revision tiefer empfunden, als ich selbst, und nur der sehr natürliche und durch die Rücksicht auf meine Vorlesungen mir besonders nahe gelegte Wunsch, möglichst bald das ganze Werk zu vollenden, konnte mich dazu bestimmen, in die öfter wiederholte Veranstaltung solcher unveränderter Abdrücke einzuwilligen. Worauf ich bisher mit wahrem Leidwesen verzichten mußte, das habe ich nun in der gegenwärtigen Auflage, deren Anfang ich hier dem juristischen Publikum vorlege, mit redlichem Eifer nachgeholt, und ich darf dieselbe wohl mit vollster Berechtigung eine wesentlich verbesserte und vermehrte nennen. Wenn auch der Plan des Buchs im Ganzen völlig unverändert geblieben ist, so wird doch der flüchtigste Blick auf jedem einzelnen Blatte die bessernde und nachhelfende Hand leicht erkennen, nicht blos darin, daß zahlreiche neue Ausführungen hinzugekommen sind, sondern vorzüglich auch darin, daß wohl keine einzige aus den früheren Auflagen herübergenommene

Darstellung ohne mehr oder weniger wesentliche Vervollständigung und Berichtigung geblieben ist; und in welchem Umfange solche neue Zusätze gemacht sind, kann schon daraus ermessen werden, daß allein in dieser ersten Abtheilung des ersten Bandes die Seitenzahl von 300 auf 435 gestiegen ist. Wenn übrigens viele dieser Zusätze den Charakter der Abwehr gegen erhobenen Widerspruch an sich tragen, so wird der unpartheiische Beurtheiler darin gewiß keine eitle Rechthaberei erblicken; ich habe an zahlreichen Stellen dieser neuen Bearbeitung thatsächlich bewiesen, daß ich mich keiner bessern Einsicht eigensinnig verschließe, und daß ich begründeten Tadel wohl zu schätzen weiß; wo ich ihn abwehre, da ist dies lediglich der Ausdruck meiner wissenschaftlichen Ueberzeugung, welche aufzuopfern ich freilich selbst den Koryphäen unsrer Wissenschaft gegenüber nicht gesonnen bin.

Heidelberg, im November 1850.

v. Vangerow.

Vorrede zur siebenten Auflage.

Da die sechste Auflage volle sechs Jahre zu ihrer Vollendung in Anspruch genommen hat — die Vorrede zum 3. Bande ist im März 1856 geschrieben —: so konnte ich es nicht vermeiden, daß inzwischen wieder ein unveränderter Abdruck des ersten Bandes veranstaltet werden mußte. Der gegenwärtigen siebenten Auflage dagegen ist eine sorgfältige Revision aller Lehren mit eingehender Berücksichtigung der neuesten Literatur vorausgegangen, und wenn darin auch nicht so zahlreiche und so umfassende Zusätze vorkommen, wie in der sechsten Auflage, so kann sie doch mit gutem Rechte als „eine vermehrte und verbesserte" bezeichnet werden. Daß deßungeachtet der äußere Umfang des ersten Bandes um volle acht Bogen vermindert ist — derselbe zählt Statt 1028 nur 900 Seiten —, hat seinen Grund in einer zweckmäßigen Veränderung des Drucks der Anmerkungen, wodurch, ohne irgend eine Benachtheiligung für das Auge, eine sehr bedeutende Raumersparniß ermöglicht wurde.

Das neueste gründliche und sorgfältig durchgearbeitete Lehrbuch von Windscheid („Lehrbuch des Pandektenrechts". Bd. I. Düsseldorf 1862) ist erst erschienen, nachdem die allgemeinen Lehren bereits

vollständig gedruckt waren, und so konnte ich zu meinem lebhaften Bedauern dasselbe nur noch während des Drucks in der Lehre von den dinglichen Rechten benutzen.

Heidelberg im März 1863.

v. Vangerow.

Inhalt.

(Die Sternchen deuten auf die, den betreffenden Paragraphen beigefügten Anmerkungen hin).

Siebentes Kapitel. Von der Berechnung der Zeit. (S. 331—346).

Achtes Kapitel. Vom Besitze. (S. 347—382).

Zweites Buch. Das s. g. Familienrecht.

Erstes Kapitel. Von der Ehe. (S. 385—429).

Zweites Kapitel. Von der väterlichen Gewalt. (S. 430—485).

vollständig gedruckt waren, und so konnte ich zu meinem lebhaften Bedauern dasselbe nur noch während des Drucks in der Lehre von den dinglichen Rechten benutzen.

Heidelberg im März 1863.

v. Vangerow.

Inhalt.

(Die Sternchen deuten auf die, den betreffenden Paragraphen beigefügten Anmerkungen hin).

Zweites Kapitel. Von Personen. (S. 64—101).

Zweites Kapitel. Von den Servituten. (S. 685—788).

Drittes Kapitel. Von der Emphytheusis und Superfizies. (S. 789—795).

Viertes Kapitel. Vom Pfandrechte. (S. 796—900).

Einleitung.

I. Begriff des Pandekten-Rechts. §. 1.

Anm. Vogel, Untersuchungen über die Bestandtheile, Natur und wissenschaftliche Stellung des Pandekten-Rechts, nebst einem Grundriß des Oblig. R. Leipz. 1831, Göschen, Vorles. über das gem. Zivilr. I. §. 1. 2, Savigny, Syst. I. §. 1—3, Puchta, Vorles. über das heut. röm. Recht. I. S. 1 fgg.

II. Von den Quellen des Pandekten-Rechts.

1) Die Justinianischen Rechtsbücher. §. 2.

Anm. 1. Von der Geschichte der Justinian. Gesetzgebung, von den verschiedenen Bestandtheilen derselben und deren mannichfachen Eintheilungen, von den Handschriften und Ausgaben muß in andren Vorlesungen die Rede sein; vgl. darüber Spangenberg, Einleit. in das römisch-justinian. Rechtsbuch oder corp. jur. civ. Rom. Hannover 1817, Boecking, Pand. I. §. 21. S. 58 fgg. u. Anh. I—V. S. 2 fgg., Errleben, Einleitung in das röm. Privatrecht. Gött. 1854. S. 248 fgg., Rudorff, Rechtsgesch. I. §. 108 fgg. Hier sollen daher nur die wichtigsten Ausgaben des gesammten s. g. Korpus juris civilis, und der einzelnen Theile desselben, angegeben werden.

I. Unter den glossirten Ausgaben des corp. jur. ist hervorzuheben die letzte, stud. et opera *Jo. Fehii.* Lugd. 1627. VI voll. fol.; unter den nichtglossirten aber sind auszuzeichnen:

1) Die Russard'sche. Lugd. 1560. 61. fol.; Abdrücke davon Antverp. 1566. 67. und 1569. 70. IX. voll. 8.

2) Die *Contiana.* Lugd. 1571, eine sehr nette und korrekte Ausgabe in 14 — nicht, wie gewöhnlich gesagt wird, in 15 — Bänden in kl. 8 (7 Bände für Pandekten, 2 Bde. für Kodex, 2 Bde. für Novellen, 1 Bd. für Institut., 1 Bd. Justiniani Edicta, item Justini, Tiberii ac Leonis Novellae, 1 Bd. Register).

3) Die Ausgabe von *Charondas*, Antverp. 1575. 5 voll. fol. (meistens in 2, oder auch in 1 Bd. gebunden).

4) Die Ausgabe von ***Pacius***, Genev. 1580. fol., meistens in 1 Bd. gebunden.

5) Die zahlreichen Gothofred'schen Ausgaben, theils mit, theils ohne Noten. Unter den erstren, mit Noten versehenen, wird besonders geschätzt die von *Sim. van Leeuwen* Amstel. 1663. fol. besorgte, und der Nachdruck dieser Ausgabe Francof. ad Moen. 1663. 4. („mit geschlungenen Händen"). Unter den Ausgaben ohne Noten sind besonders beliebt die sehr netten Elzevir'schen Ausgaben in 8. Amstel. 1664. („pars secundus"), 1681, 1687, 1700.

6) Die Göttinger (oder auch Gebauer-Spangenberg'sche Ausgabe 2 voll. gr. 4. Gott. 1776. 1797.

7) Die Beck'schen Ausgaben, Lips. 1825 fgg. 5 voll. 8, und stereotypirt 2 voll. 4.

8) Die Kriegel'sche Ausgabe, Lips. 1833 fgg. III voll. 4. (Die Institutionen und Pandekten sind von den Gebr. Kriegel, der Koder von Herrmann, die Novellen von Osenbrüggen besorgt worden). Zum regelmäßigen Handgebrauch ist diese Ausgabe vor allen andren zu empfehlen.

II. Was die Ausgaben der einzelnen Theile des corp. jur. betrifft, und zwar

1) der Institutionen, so sind hervorzuheben:

a) Die editio princeps (mit der Glosse). Mogunt. 1468. fol.

b) Die unglossirte von *Haloander*. Norimb. 1529. 8.

c) Die Ausgabe von *Jac. Cujacius*. Par. 1585. 8.

d) Die Ausgabe von Biener. Berl. 1812.

e) Vor allen die vortreffliche Ausgabe von Schrader. Berol. 1832. gr. 4. (auch als erster Band einer beabsichtigten großartigen Gesammt-Ausgabe des corp. jur.), und stereotypirt 1836. kl. 8.

2) Pandekten:

a) Die editio princeps (mit der Glosse), und zwar: ***Digestum vetus,*** Perus. (Henr. Clayn) 1476, ***Dig. infort.,*** Rom. (Vitus Puecher) 1475, ***Dig. novum.*** Rom. 1476.

b) Die so berühmte und mit Recht hochgeschätzte ***Haloandrina.*** Norimb. 1529. 4. (gew. in 2 oder 3 Bände gebunden).

c) Die kostbare Florentiner oder Torelli'sche Ausgabe, Florent. 1553 fol. (in 2 oder 3 Bänden).

3) Koder.

a) Die editio princeps, und zwar für die ersten neun Bücher. Mogunt. per Petr. Schoyffer de Gernsheym. 1475. fol., und für die drei letzten (nebst dem Authent.) Rom. 1476. fol.

b) Die Haloandr. Norimb. 1530. fol.

4) Novellen.

a) Die edit. princeps. Rom. 1476. fol.

b) Die Haloandr. Norimb. 1531. fol.

c) Die Ausgabe von *Henr. Scrimgerus*. Genev. 1558. fol.

d) Die Ausgabe von *Agylaeus*. Colon. 1560. 8.

e) Novellae constitutiones — — — ex graeco in latinum conversae et notis illustratae a *J. F. Hombergk.* zu Bach. Marb. Catt. 1717. 4.

f) Eine neue mit umfassendem kritischem Apparat ausgestattete Ausgabe des Authenticum hat G. E. Heimbach besorgt: Authenticum. Novellar. constitutionum Justiniani versio vulgata. Lips. 1846 sqq.

Anm. 2. Als unentbehrliche Hülfsmittel zum Verständniß des Korpus juris, und insofern fast als Quellen des Pandektenrechts, sind auch noch die zahlreichen Schriften des Vorjustinianischen Rechts zu betrachten, welche mit mehr oder weniger Vollständigkeit gesammelt sind in:

Jurisprudentia vetus Ante-Justinianea ex recens. et cum not. *Ant. Schultingii.* Lugd. Bat. 1714. 4. edit. nova praef. est Ayrer. Lips. 1737. (noch immer wegen der zahlreichen Notae variorum höchst schätzbar).

Jus civile Antejustinianeum codicum et optimar. edition. ope a societate jurisconsultor. curatum; praefatus est *Gust. Hugo.* Berol. 1815. 2 voll. 8.

Corpus juris Rom. antejustin. Consilio professorum Bonnensium *E. Boeckingii* et *A. Bethmann-Holwegii* et dum in vivis erat *E. Puggaei* curaverunt iidem assumptis sociis L. Arndtsio, A. F. Barkovio, F. Blumio J. F. L. Goeschenio, G. Haenelio aliisque; praef. est *E. Boeckingius.* Bon. 1835 sqq., bis jetzt fasc. I—VI.

Jurisprudentiae Antejustinianae quae supersunt. In usum maxime academicum composuit, recensuit, adnotavit *Ph. Ed. Huschke.* Lips. 1861.

Diese Schriften des Vorjustinian. Rechts sind uns theils unmittelbar, theils in Sammlungen erhalten, und die bedeutenderen sollen hier aufgeführt werden.

I. Unter den unmittelbar auf uns gekommenen sind hervorzuheben:

1) Gaii institutionum commentarii IV., ein glänzender Fund des neunzehnten Jahrhunderts, wodurch wir, besonders im vierten Buche, vieles ganz Neue erfahren haben, und eine große Menge von Irrthümern berichtigt ist, vgl. Schrader, was gewinnt die römische Rechtsgeschichte durch Gai. Institut.? in Heidelb. Jahrb. 1823. No. 60—64, auch besonders abgedruckt Heidelb. 1823. und *Haubold,* quantum fructum ceperit Rom. jurisprud. e Gaii instit. genuinis; in opusc. edid. *Wenk.* vol. I. pag. 665 sqq. Ueber die Geschichte des Funds, über die Handschrift und die Bemühungen des Herausgebers ist die Vorrede zu Göschen's trefflicher Ausgabe nachzusehen. Einen vollständigen Kommentar über diese wichtigste unter den uns erhaltenen Schriften haben wir bisher noch nicht; doch sind folgende Beiträge zu bemerken: Gans, Scholien zu Gaius. Berl. 1821 (für die drei ersten Bücher); *Dupont,* disquisitiones in commentar. quart. institutionum Gaii. Lugd. Bat. 1822; v. Brockdorf, die Institutionen-Kommentare des Gaius aus dem Latein. mit Bemerkungen. Schlesw. 1824; *Elvers,* promtuarium Gaianum. Gott. 1824; *Heffter,* Gaii institutionum commentarius quartus. Berol. 1827; *v. Assen,* adnotatio ad Gaii Institutionum commentar. I. Lugd. Bat. 1826, 2 ed. 1838, ad comment. II. (usque ad locum de legatis) Lugd. 1855, Huschke, Gaius. Beiträge zur Kritik und zum Verständniß seiner Institutionen. Leipz. 1855. Eine Reihe

trefflicher kritischer Bemerkungen zu Gaius hat Huschke nicht nur in der eben angef. Schrift gegeben, sondern auch schon früher in seinen Studien des röm. Rechts S. 168 fgg. und in der gesch. Zeitschrift XIII. S. 348 fgg., vgl. auch *Unterholzner* conjecturae de supplendis lacunis quae in Gaii comm. IV. occurrunt. Vratisl. 1823, *Puchta* Verisimilium capp. VI. Lips. 1837. 1839 (auch in dessen kl. Schr. S. 358 fgg.), Scheurl, Beiträge I. S. 130 fgg., S. 269 fgg., Pöschmann, Studien zu Gaius. Leipz. 1854, 2. Heft 1860. Die neuesten Handausgaben sind besorgt von Heffter Bonn 1830, Boecking Bonn 1837. 1841. 1855, Lachmann Bonn 1841, Gneist in sein. syntagma Institutionum et Regular. jur. Rom. Lips. 1858 (mit Gegenüberstellung der Legalinstitutionen) und Huschke Leipz. 1861 (Wiederabdruck aus dessen jurispr. Antej. p. 75 sqq.). Für das genauere Studium unentbehrlich sind die größeren Göschen'schen Ausgaben, von denen die dritte und vollständigste nach dem Tode Göschen's von Lachmann besorgt worden ist, Berol. 1842.

2) Zugleich mit den Institutionen des Gaius wurde aufgefunden und entziffert das Fragment einer alten juristischen Schrift, *de jure fisci*, über deren Verfasser zwar zahlreiche Vermuthungen aufgestellt sind, von denen jedoch keine einzige hinreichend begründet werden kann, vgl. Göschen's Vorrede zu Gaius, edit. II. p. 63. not. 71, edit. III. p. 57. not. 71, *Walch* de aetate fragm. vet. ICti de jure fisci. Jen. 1838, Dirksen, verm. Schriften I. 2, Lachmann in der gesch. Zeitschr. XI. S. 110 fgg., (Heimbach) im Leipz. Repertor. 1843. H. 30. S. 146 fgg., *Boecking* Ulp. fragm. ed. 4 (1855) p. 145 sqq., *Huschke* jurispr. Antej. p. 519 sq. Edirt wurde dieses, nicht unwichtige, Fragment von Göschen und Lachmann zugleich mit Gaius, von Boecking hinter dessen Ausgaben von Ulpian's Fragmenten, und im Bonner corp. jur. antej. I p. 157 sqq., und von Huschke in sein. jurispr. Antej. p. 520 sqq.

3) Vor Auffindung dieser neuen Quellen waren das Hauptwerk die s. g. Fragmente Ulpian's, oder, wie sie in der einzigen authentischen Vatikanischen Handschrift (vgl. darüber Gött. gel. Anz. 1812. No. 14, Hugo's Magaz. IV. 13, Zeitschr. für gesch. Rw. I. 13, IX. 6, [Savigny's verm. Schr. III. Nr. 22—24. V. Nr. 50]; s. jedoch auch Heimbach über Ulp. Fragm. Leipz. 1834. S. 1 fgg., Hall. Jahrb. 1838. S. 246 fgg., Leipz. Repert. 1843. H. 29. S. 93 fgg.) genannt werden, die „tituli ex corpore Ulpiani". Diese sehr wichtige und auch durch Gaius nicht entbehrlich gewordene Schrift ist sehr wahrscheinlich ein Bruchstück (oder, wie Mommsen bei *Boecking* 4 edit. p. 109 sqq. meint, ein Auszug eines späteren Epitomator, s. jedoch dagegen Röder, Versuche S. 5 fgg., *Huschke* jurispr. Antej. p. 450 sq.) aus Ulpians liber singularis Regularum (vgl. *Ulp.* XX. 6. mit l. 17. de testib.: *Ulp.* V. 6. 7. mit Collat. VI. 2., und *Ulp.* XXVI. 1. mit Coll. XVI. 4; *Schilling* diss. crit. de Ulp. fragmentis. Vratisl. 1824), obwohl Hugo stets dieser Annahme widersprochen, und auch Heimbach über Ulpians Fragmente. Leip. 1834. eine ganz andere Meinung vertheidigt hat, vgl. auch Leipz. Repert. a. a. O. S. 97 fgg. — Kommentare zu Ulpian finden sich bei *Schulting* jurisprud. antejust. pag. 537 sqq., bei *Meermann*, thesaur. VII. p. 739 sqq., und in der Ausgabe von *Cannegieter*, Lugd. Bat. 1774. 4. Die besten Handausgaben sind

von Hugo Berl. 1788. 1811. 1814. 1822. 1834 (seit der 3. Ausg. mit einer Kopie des cod. Vatic.), von Boecking Bonn 1831. 1836. 1845. 1855 (der letzten 4. Ausgabe ist ein Faksimile des cod. Vat. beigefügt), Vahlen Bonn 1856, Gneist syntagma Institt. Lips. 1858 p. 297 sqq. und Huschke Leipz. 1861 (Wiederabdruck aus dessen jurispr. Antej. p. 449 sqq.); die 3. Hugo'sche Ausgabe liegt dem Abdruck im Berliner jus civ. Antej., die 2. Boecking'sche dem Bonner corp. jur. Antej. zu Grunde. Interessante Beiträge zur Berichtigung des Textes finden sich bei *Schilling,* animadv. crit. ad Ulp. fragm. spec. 1—4. Lips. 1830. 31, Lachmann in der gesch. Zeitschrift IX. 7. (Heimbach) im Leipz. Repert. a. a. O. S. 101 fgg., Röder, Versuche zur Berichtigung von Ulpian's Fragm. Erl. 1856. — Ueber ein kürzlich zu Wien entdecktes Fragment aus Ulpian's Institutionen s. m. Savigny in der Zeitschr. f. gesch. Rw. IX. Abh. 1, Rudorff ebendas. Abh. 2, Mommsen ebendas. XV. S. 372 fgg., *Boecking* Ulp. fragm. ed. 4. pag. 121 sqq., *Huschke,* jurisprud. Antej. p. 504 sqq.

4) Als Anhang einer Schrift des Dositheus, eines griechischen Grammatikers aus dem Anfang des dritten Jahrhunderts findet sich ein griechisches Bruchstück einer juristischen Schrift, und auch eine alte lateinische Uebersetzung desselben, welches besonders für die Lehre von den Freilassungen wichtig ist. Es wurde zuerst blos lateinisch herausgegeben von Pithou 1523, und hiernach auch von *Schulting,* jurispr. antej. pag. 803 sqq., später griechisch und lateinisch von *Röver,* fragm. veter. ICti de juris speciebus et de manumissionibus. Lugd. Bat. 1739, und hiernach auch von *Beck* im Berliner jus civ. antej. tom. I. pag. 251 sqq. Die neuesten kritischen Ausgaben haben *Boecking* im Bonner corp. jur. antej. I. pag. 214 sqq. und in Ulp. fragm. ed. 4. 1855. p. 158 sqq., Lachmann, Versuch über Dositheus. Berl. 1837 und Huschke in sein. jurispr. Antej. p. 323 sqq. besorgt. Ueber den Verfasser dieses Fragments gehen die Ansichten weit aus einander. Während Einige darin eine Kompilation aus verschiedenen juristischen Schriften sehen *(Schilling* diss. crit. de fragm. jur. Rom. Dositheano. Lips. 1819. p. 38 sqq.), denken Andre bald an Ulpian (z. B. Meerm. ad Ulp. init. §. 1), bald an Paulus (z. B. Lachmann a. a. O. S. 18 und Rudorff Rechtgesch. I. S. 242), bald an Pomponius (Voigt das jus naturale. Bd. I. S. 626 fgg.), bald an Cervidius Skävola (Huschke in sein. jurispr. Antej. p. 323 sqq.) Uebrigens sprechen gute Gründe dafür, daß das lateinische Original verloren gegangen ist, und der lateinische auf uns gekommene Text eine, gewiß nicht von Dositheus selbst herrührende, Rückübersetzung der griechischen Uebertragung desselben ist, *Schilling* cit. pag. 26 sqq., vgl. auch Lachmann, Versuch über Dositheus. Berl. 1837 und Voigt d. jus naturale. Bd. I. Beil. 8. S. 617 fgg. — Die in eben jener Schrift des Dositheus erhaltenen, und unter Andern von *Schulting* jurispr. antej. pag. 855 sqq. und von *Boecking* im Bonner corp. jur. antej. p. 193 sqq. edirten *sententiae et epistolae Hadriani Imperatoris* sind von keiner großen Bedeutung.

II. Außer diesen unmittelbar uns erhaltenen juristischen Schriften sind auch noch folgende uns erhaltenen Sammlungen von nicht geringer Wichtigkeit:

1) Die von Mai im Vatikan gefundenen, und deshalb gewöhnlich s. g. *fragmenta Vaticana* (bei Hugo: Mai's Palimpsesten). Sie bilden eine wahrscheinlich zwischen 372 und 438 verfertigte (s. jedoch auch Mommsen ed. maj. p. 403 sqq., ed. min. praef. p. XIV sq., welcher eine frühere Zeit der Abfassung annimmt, nämlich gegen 320, und die neueren Konstitutionen als spätere Zusätze betrachtet wissen will, s. aber *Huschke* jurispr. Antej. p. 597 sqq.), dem Plane nach sehr ausführliche Sammlung von Stellen aus römischen Juristen (insbesondere aus Paulus, Ulpian und Papinian) und kaiserlichen Konstitutionen, von der uns aber nur 7 Titel, und diese nicht einmal vollständig erhalten sind. Eine mit einem ausführlichen Kommentar und einigen Exkursen versehene Ausgabe ist von v. Buchholtz, Regim. 1828, und eine gute Handausgabe von Bethmann-Hollweg, Bonn 1833, besorgt worden; die letztere ist auch wieder abgedruckt im Bonner corp. jur. antej. I. pag. 229 sqq. Die weit besten Ausgaben sind von Mommsen, eine größere, Codicis Vatic. N. 5766, in quo insunt juris Antejustiniani fragmenta, quae dicuntur Vaticana. Berol. 1860. 4. (mit einer sorgfältigen Kopie des cod. Vatic.) und eine kleinere Handausgabe, Bonn 1861. 8, und von Huschke in sein. jurispr. Antej. p. 591 sqq. Gute Ausführungen finden sich bei *Bruns* quid conferant Vatic. fragm. ad melius cognosc. jus Rom. Tüb. 1838.

2) Die s. g. *collatio legum Romanarum et Mosaicarum*, auch oft nach den Anfangsworten *lex Dei* genannt, enthält eine Zusammenstellung von Mosaischen Gesetzen mit Stellen aus Schriften römischer Juristen und aus dem Gregorian. und Hermogenianischen Kodex, aber schwerlich wohl auch, wie man früher gewöhnlich annahm, aus dem codex Theodos., vgl. dagegen *Haenel* ad leg. 6 C. Th. ad leg. Jul. de adult. (pag. 846) Leipz. Repert. 1843. H. 30. S. 150 fg., Huschke in der gesch. Zeitschr. XIII. S. 3 fgg., weßhalb es sehr wahrscheinlich ist, daß dieses Schriftchen gegen Ende des 4. oder im Anfang des 5. Jahrh. verfertigt worden ist, vgl. bes. Huschke a. a. O. und Dirksen über die Collatio in den Abh. der Berl. Akad. 1846. — Sie ist kommentirt von *Schulting* jurispr. antej. p. 719 sqq. und in der Ausgabe von *Cannegieter,* Francof. 1765. 4. Die neuesten Editionen sind die von Biener im Berliner jus. civ. antej. II. p. 1417 sqq., von Blume lex Dei. Bonn. 1833 (wieder abgedruckt im Bonner corp. jur. antej. I. pag. 305 sqq.) und von Huschke in sein. jurispr. Antej. p. 528 sqq. Beachtenswerthe kritische Bemerkungen dazu finden sich bei Blume in der gesch. Zeitschr. X. 4, bei Lachmann ebendas. X. 5 und bei Huschke ebendas. XIII. S. 31 fgg.

3) Die s. g. *consultatio veteris ICti.*, d. i. eine zum Zweck von Rechtsgutachten verfertigte Zusammenstellung von Stellen aus dem Gregor., Hermog. und Theod. Kodex und den sententiae des Paulus. Sie ist kommentirt von *Schulting* jurispr. antej. pag. 811 sqq., und zuletzt herausgegeben von Biener im Berliner jus civ. antej. II. pag. 1475 sqq., von Puggé im Bonner corp. jur. antej. I. pag. 389 sqq. und von Huschke in sein. jurispr. Antej. p. 701 fgg. — Die Zeit der Entstehung ist ungewiß; Rudorff in der gesch. Zeitsch. XIII. 2. setzt sie, nicht ohne Wahrscheinlichkeit, in die erste Hälfte des

5. Jahrhunderts, während Huschke a. a. O. sie in das Ende dieses Jahrh. verlegen will.

4) Das Westgothische Rechtsbuch für Römer, oder das s. g. ***breviarium Alaricianum*** vom Jahr 506, welches für röm. Recht besonders deshalb von ausgezeichneter Wichtigkeit ist, weil es die benutzteu Quellen unvermischt und im Ganzen auch unverdorben, nur freilich sehr verkürzt wiedergiebt. Es ist uns in zahlreichen, im Einzelnen freilich sehr von einander abweichenden Handschriften erhalten, und auch mehrere spätere Umarbeitungen sind auf uns gekommen, vgl. v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im M. A. Bd. II. S. 36 fgg. und bes. ***Haenel*** praef. p. XXV. sqq. Die einzige Gesammtausgabe dieses Rechtsbuchs war bisher von ***Sichard,*** Basel 1528 besorgt, während die einzelnen Stücke desselben mit den oft möglichen, aus andern Quellen genommenen Nachträgen sehr häufig edirt sind. Eine neue, auf wahrhaft großartigen Apparat gegründete Ausgabe hat jetzt Hänel vollendet: lex Rom. Visigothorum ad LXXVI. libror. manuscriptor. fidem recognovit. etc. Lips. 1847. 49. Es enthält aber das Breviarium folgende Stücke in folgender Ordnung:

a) den *Theodosianus Codex* in 16 Büchern, wobei aber der weit größte Theil der übrigens unverkürzt gelassenen Konstitutionen ausgelassen ist. Glücklicherweise aber sind uns viele echt erhalten, und wenn auch seit Dutillet (Par. 1550. 8) und Cujas (Lugd. 1566 und Par. 1586. fol.) dies nur von den 11 letzten Büchern galt, so sind doch auch die 5 ersten gerade für das Privatrecht wichtigsten, später durch die glücklichen Entdeckungen von Peyron (codicis Theodos. fragmenta inedita ex Codice palimpsesto bibl. Taurinensis in lucem protulit atque illustravit Amad. Peyron. 1823. 4), von Clossius (Theodos. codicis genuina fragmenta ex membranis bibl. Ambrosianae Mediolanensis nunc primum edidit Clossius. Tüb. 1824. 8.) und von *Vesme* (vgl. krit. Jahrb. für deutsche Rw. 1837. S. 91. S. 191. 1844. S. 789) mit vielen echten, bisher nicht bekannten Konstitutionen bereichert worden. Dieses bedeutende neue Material konnte natürlich von Beck, welcher den Theodos. Codex für das Berliner jus civ. antej. p. 275 sqq. bearbeitet hat, noch nicht benutzt werden, wohl aber ist es in ausgezeichneter Weise bearbeitet worden in der neuesten und weitaus besten Ausgabe von G. Hänel: Codex Theodosianus ad LIV. libror. manuscriptor. et priorum editionum fidem recognovit et annotat. crit. instruxit G. Haenel. Bonn. 1837. sqq., welche auch einen integrirenden Theil des corp. jur. antejust. bildet. Einen vortrefflichen Kommentar zum Theodos. Kodex hat Jac. Gothofredus bearbeitet, der von Ritter Lips. 1736 sqq. in 6 Foliobänden neu herausgegeben ist. (Der Fortgang der, gewiß überflüssigen, italienischen Ausgabe: Codex Theodos. ex manuscriptis codicib. et veterib. editionib. auctior et emendatior opera et studio *Caroli Baudi a Vesme* Cuneensis. Aug. Taur. fasc. I. 1839. kl. fol., scheint sehr zweifelhaft; vgl. krit. Jahrb. 1844. S. 785 fgg., und 1847. S. 955 fg.)

b) Novellen von Theodos II, Valentinian III, Marcian, Majorian und Severus. Auch hier sind wir nicht auf das Breviarium beschränkt, indem wir aus mehreren Handschriften, unter denen die Ottobonische hervorragt, eine ziemliche Zahl von Novellen kennen, die nicht in das Breviarium

aufgenommen sind, und unter ihnen auch mehrere von Leo und Anthemius. Die bei Weitem beßte und vollständigste Ausgabe ist die von G. Hänel: **Novellae constitutiones imperatorum Theodosii II, Valentiniani III, Maximi, Majoriani, Severi, Anthemii. Ad libror. manuscriptor. et editionum fidem recognovit et annotat. crit. instruxit G. Haenel. Bonn 1844** (auch zum Bonner corp. jur. Antejust. gehörig). Außerdem sind noch hervorzuheben die Ausgaben von *Ritter* im 6. Bande des Gothofred. Codex Theodos. (besonders wegen des Kommentars), Amaduzzi (Rom. 1767) und Beck (im Berliner jus civ. antej. II. p. 1217 sqq.)

c) Die Institutionen des Gaius in einem oder in zwei Büchern, denn die Handschriften weichen hierbei von einander ab, Göschen in Ztschr. für gesch. Rw. II. S. 17. Sie sind erstaunlich korrumpirt, und durch den Fund des Veronesischen Gaius für uns von keiner großen Bedeutung mehr. Kritische Bemerkungen dazu gab Meermann in thesaur. VII. pag. 675 sqq., und kommentirt wurden sie von *Schulting*, jurisprud. antej. p. 1 sqq. Die neuesten Ausgaben besorgten Haubold im Berliner jus. civ. antej. I. p. 187 sqq. und Böcking im Bonner corp. jur. antej. pag. 1 sqq. (Dieser Westgoth. Gaius wird jetzt gewöhnlich zum Unterschied vom echten Gaii Epitome zitirt).

d) Die [*receptae*] *sententiae* des Paulus in 5 Büchern. Nachträge zu den im Breviarium enthaltenen Stücken geben, außer den Digesten, noch vorzüglich die collatio und consultatio, und die Vatikanischen Fragmente. Kommentare dazu lieferten *Cujas*, namentlich in der Ausgabe des Theodos. Koder von 1586, *Schulting*, jurisp. antej. p. 187 sqq. und *Faber* in Meerm. thes. VII. pag. 689 sqq. Kritische Ausgaben besorgten Hugo (Berl. 1795), Biener im Berliner jus. civ. antej. pag. 103 sqq., Arndts Bonn 1833 (wieder abgedruckt im Bonner corp. jur. antej. pag. 41 sqq.) und Huschke in sein. jurispr. Antej. p. 334 sqq.

e) 13 Titel des *codex Gregorianus* und

f) 2 Titel des *codex Hermogenianus*. Auch hierzu finden sich vielfache Nachträge und Zusammenstellungen sind namentlich gemacht von *Cujac.* (Genev. 1586) und *Schulting*, jurispr. antej. pag. 681 sqq., während Beck im Berliner jus civ. antej. I. pag. 262 sqq. nur die in das Breviarium gekommenen Konstitutionen aufgenommen hat. Die bei Weitem vollständigste und neu geordnete Ausgabe der beiden Kodizes hat Hänel besorgt: **Codicis Gregoriani et Codicis Hermogeniani fragmenta. Ad XXXV. libror. MStorum et prior. editionum fidem recognovit et annotatione critica instruxit *G. Hänel*. Bonn. 1835** (zum Bonner vorjustinian. Korp. jur. gehörig). — Ueber die s. g. ***Institutio Gregoriani***, welche als besondres Rechtsbuch von Klenze in der gesch. Zeitschr. IX. 10, edirt worden ist, aber als solches gar nicht existirt, vgl. Hänel in den krit. Jahrb. 1838. S. 587 fgg.

g) Ein ganz kleines Fragment aus Papinian's ***responsa***, auch abgedruckt im Berl. jus. civ. antej. p. 247., im Bonner corp. jur. antej. vol. I. p. II. p. 39, und bei *Huschke* jurispr. Antej. p. 333.

5) Das unter dem Namen edictum Theodorici bekannte Gesetzbuch der

Ostgothen, welches zwar blos aus römischen Rechtsquellen, und zwar neben kaiserlichen Konstitutionen hauptsächlich aus den **sententiae** des Paulus zusammengesetzt, aber wegen Vermischung und Verderbung derselben von geringem Werthe für römisches Recht ist. Es wurde zuerst nach 2 Handschriften von Pithou als Anhang zu einer Ausgabe des Cassiodor. **Paris. ap. Sebastian. Nivellium 1579. fol.** herausgegeben, und findet sich auch in den bekannten Sammlungen von Georgisch (**corp. jur. German. antiqui p. 2199 sqq.**) und Canciani (**leges antiquae Barbarorum. I. p. 1 sqq**). Die neueste Bearbeitung ist die von ***Rhon* commentatio ad Edict. Theodorici regis Ostrogothor. Hal. 1816. 4.** — Ob das Edikt vor oder nach dem **Breviarium** abgefaßt wurde, ist bestritten. Gewöhnlich wird angenommen, daß dasselbe im J. 500 von Theodorich bei seiner Anwesenheit in Rom publizirt worden sei, wogegen insbes. Glöden das röm. Recht im Ostgothischen Reiche Jen. 1843. S. 22 fg. nachzuweisen sucht, daß das Breviarium bei dem Edikt benutzt worden sei, und dieses also nicht vor dem J. 506 verfaßt sein könne, vgl. auch Böcking Pand. §. 22 Not. 3. 4 u. A. m. Dieser Beweis kann aber schwerlich als gelungen angesehen werden, und die gewöhnliche Annahme ist gewiß richtiger, vgl. bes. Walch in Jen. Lit. Zeit. 1845. Nr. 10 fgg., ***Haenel* lex Rom. Visig. prolegg. p. XCI sqq.**, und s. auch Errleben Einl. S. 424 fg., Rudorff, Rechtsgesch. I. §. 106.

6) Die ***Lex Romana Burgundionum*** (d. s. g. Papian). Dieses Burgundische Rechtsbuch für Römer schöpfte gewiß auch aus echten Quellen, v. Savigny II. S. 9 fgg., und ist insofern nicht ohne Werth für röm. Recht. Zuerst wurde dasselbe von *Cujac.* hinter dem Theodos. Kober (sowohl **Lugd. 1566** als **Par. 1586**) herausgegeben. Kommentirt ist es von *Schulting*, **jurispr. antej. pag. 827 sqq.**, und von ***Amaduzzi***, welcher es, zugleich mit den Novellen von Theodos ꝛc. aus der Ottobonischen Handschrift edirte. **Rom. 1765. fol.** Die neuesten Ausgaben haben Biener im Berl. **jus civ. antej. pag. 1501 sqq.** und Barkow Greifsw. 1826 besorgt. — Sehr zweifelhaft ist es, ob das Rechtsbuch vor oder nach dem Breviarium verfaßt worden ist. Gewöhnlich wird das Letztere angenommen und das Breviarium als eine der Quellen desselben angesehen, vgl. ***Barkow* praef. p. XLIV sqq.**, Savigny II. S. 31 fgg. u. A. m.; für eine frühere Entstehungszeit desselben erklären sich aber bes. Gaupp, Gesetz der Thüringer S. 14 fgg., German. Ansiedlungen §. 42, und ***Haenel*, lex Rom. Visig. prolegg. p. XCV sqq.**; s. auch noch Errleben, Einleit. S. 421 fgg., *Ginoulhiac* in der **Revue histor. II. p. 539** fgg., Bluhme in Bekker's Jahrb. II. S. 197 fgg. — Die von Savigny a. a. O. S. 23 fgg. aufgestellte Vermuthung, daß der allerdings höchst auffällige Name: **Papiniani liber responsorum** auf einem Mißverständniß von Cujacius beruhe, widerlegt sich dadurch, daß sich derselbe schon in einer sehr alten Handschrift vorfindet, Klenze in der gesch. Zeitschr. IX. S. 238 fgg., ***Haenel* progr. gratul. quo insunt Novv. Valentin. III. et Severi Impp., praeterea agitur de lege Rom. Burg. Lips. 1850. p. 4 sq.**, Savigny VII. S. 36 fgg.

Anm. 3. Da im Byzantinischen Reiche die Justinianische Gesetzgebung auch noch lange nach Justinian galt, und zahlreiche Bearbeitungen derselben vorgenommen wurden, so sind auch diese begreiflicher Weise ein sehr wichtiges, und

bei Weitem noch nicht erschöpftes Hülfsmittel für Kritik und Auslegung des Korpus juris. Leider ist sehr vieles noch ungedruckt, obwohl in unsren Tagen in dieser Beziehung mehr geschehen ist, als jemals früher. (Neue Sammlungen bisher ungedruckter Schriften des s. g. jus Graeco-Romanum sind namentlich: *G. E. Heimbach* *'Ανέκδοτα.* 2 voll. Lips. 1838. 1840. 4, *C. E. Zachariae* *'Ανέκδοτα* Lips. 1843. 4, *Ejusd.* Collectio libror. jur. Graeco-Romani ineditorum. Lips. 1852. 8, *Ejusd.* jus Graeco-Romanum. III Partes Lips. 1856. 57. 8). Unter den gedruckten Stücken sind die bedeutenderen folgende:

1) Die Institutionen-Paraphrase des Theophilus, eines der drei Bearbeiter der Justinianischen Institutionen. Sie ist ein, noch vor der Publikation des Codex repet. praelect. niedergeschriebenes Kollegienheft, und nicht blos für die Erklärung der Institutionen, sondern überhaupt für römisches Recht von großer Wichtigkeit, vgl. bes. Degen, Bemerkungen über — — — Theophilus Lüneb. 1809. Die neueste und beste, mit 20 Exkursen versehene Ausgabe hat Reitz besorgt, Hag. Com. 1751. 2 voll. 4. Eine schätzbare deutsche Uebersetzung mit Anmerkungen gab Wüstemann Berl. 1823. 2 Bde.

2) Der Novellen-Auszug von Athanasius. In dieser interessanten Bearbeitung der Novellen werden die einzelnen Konstitutionen in ziemlich ausführlichen Auszügen unter 22 Titeln zusammengestellt, und am Ende des Titels noch Paratitla zugefügt. Begonnen wurde diese Schrift höchst wahrscheinlich noch bei Justinians Leben, und vollendet unter seinem Nachfolger Justinus, Heimb. l. c. p. VII. sqq. Die erste, sehr sorgfältige und mit umfassenden Prolegomm. (p. I—C.) ausgestattete Ausgabe besorgte Heimbach im ersten Bande seiner *'Ανέκδοτα.* p. 1 sqq.

3) Der Novellen-Auszug von Theodorus, gegen Ende des 6. Jahrhunderts, *Zachariae* l. c. proleg. p. L. sqq. Dieser schätzbaren Arbeit liegt die Sammlung von 168 Novellen zu Grunde, und in der Reihenfolge dieser Sammlung wird der Inhalt einer jeden Novelle in nicht sehr gedrängtem Auszuge angegeben. Bruchstücke davon stellte Heimbach in seinen *'Ανέκδοτα* I. p. 199 sqq. zusammen; eine vollständige Ausgabe aber hat Zachariä aus einer von ihm auf dem Berge Atho gefundenen Handschrift besorgt in seinen *'Ανέκδοτα.* Lips. 1843 p. 1 sqq.

4) Novellae constitutiones Imperatorum post Justinianum, in *Zachariae* j. Gr. Rom. p. III. — Vgl. auch *Witte* Novv. Impp. Byzantt. in Heimb. *'Ανεκδ.* II. p. 261 sqq.

5) Eine kleine, aber nicht unwichtige Schrift über die verschiedenen Zeitabschnitte im Rechte, welche gewöhnlich, aber gewiß mit Unrecht einem Eustathius, Antezessor zu Konstantinopel, zugeschrieben wird. Sie ist wahrscheinlich nicht sehr lange nach Justinian, etwa im Anfang des 7. Jahrh. entstanden, Zachariä S. 67 fgg. Dieselbe wurde öfter herausgegeben, zuletzt von Zachariä unter dem Titel: *αἱ ῥοπαὶ* od. die Schrift über die Zeitabschnitte, welche insgemein einem Eustathius, Antez. zu Konst. zugeschrieben wird. Heidelb. 1836.

6) Die *Ecloga legum Leonis et Constantini* aus dem J. 740, edirt von Zachariä in der Collect. p. 1 sqq.

7) Ein von Basilius Macedo und seinen Söhnen und Mitregenten Konstantinus und Leo gegen das Jahr 878 als **Gesetz publizirtes Handbuch,** in welchem in 40 Titeln die Elemente des Rechts dargestellt werden. Obwohl zahlreiche Handschriften bekannt waren, so wurde es doch zuerst edirt von Zachariä unter dem Titel: *ὁ πρόχειρος νόμος;* Impp. Basilii, Constantini et Leonis prochiron. Heidelb. 1837, eine Ausgabe, bei welcher auch noch insbesondre auf die sehr schätzbaren, umfassenden Prolegomm. (p. I—CCXII) aufmerksam gemacht werden muß. — Einige Jahre nachher (gegen 884) wurde eine neue Ausgabe (*ἐπαναγωγή*) dieses Gesetzes publizirt, welche jetzt von Zachariä in der Collect. p. 53 sqq. herausgegeben ist.

8) Die Basiliken, d. i. eine unter der Regierung des Leo Philosophus mit öffentlicher Auktorität veranstaltete griechische Verarbeitung der Justinianischen Gesetzgebung, wobei man aber nicht der äußern Anordnung dieser letzteren folgte, sondern unter passenden Rubriken das zusammenstellte, was in dieser zerstreut in den Pandekten, Codex u. s. w. vorkommt; vgl. *Suaresii* notitia Basilicor. rec. et observatt. auxit Pohlius Lips. 1804; *Heimbach* de Basilicor. origine etc. Lips. 1825, *Zachariae* hist. jur. Graeco-Rom. §. 28. 29, *Mortreuil* histoire du droit Byzantin. II. p. 46 fgg. Leider sind uns nicht alle 60 Bücher dieses, für Kritik und Auslegung des corp. jur. außerordentlich wichtigen Rechtsbuch vollständig erhalten. Eine Gesammt-Ausgabe aller auf uns gekommenen Stücke wurde besorgt von *Fabrot* in 7 Foliobänden. Par. 1647, wozu Nachträge von Ruhnken (d. 8. Buch; in Meerm. thes. III. und V) und Reitz (Buch 49—52. Tit. 1 in Meerm. thes. V) kamen, welche beide Nachträge dann auch vereinigt unter dem Titel: Operis Basilici Fabrotiani supplementum. Lugd. Bat. 1765 ausgegeben wurden. Außerdem wurde noch der Titel de regulis juris (II. 3) von Witte edirt: Basilic. tit. de div. reg. jur. ant. . nunc demum integer ed. Vratisl. 1826 und das 53. Buch von *Pardessus* collection des lois maritimes. Par. 1828. tom. I. p. 155 sqq. aus verschiedenen Quellen restituirt. Eine neue, sehr schätzbare Ausgabe der gesammten Basiliken ist von *C. G. E. Heimbach* bearbeitet worden: Basilicorum libri LX. Lips. 1833 sqq. V. voll. 4, wozu jedoch bereits ein Nachtrag von Zachariä gekommen ist: supplementum editionis Basilicor. Heimbachianae lib. XV—XVIII. Basilicor. cum scholiis antiquis integros nec non lib. XIX. Bas. novis auxiliis restitutum continens. edid. C. E. Zachariae a Lingenthal. Lips. 1846. 4. — Zur Erleichterung des Gebrauchs der Basiliken dient gar sehr Haubold's manuale Basilicor. Lips. 1819. 4.

9) Die *Synopsis* [*major*] *Basilicorum,* ein, wohl gegen das Jahr 969 veranstalteter Auszug aus den Basiliken in 348 Titeln. Die bisher einzige Ausgabe, und zwar mit völlig veränderter Ordnung der Titel hat Löwenklau besorgt: LX. libror. *Βασιλικῶν* — — Ecloga sive Synopsis — — edita per Joan. Leunclaivm. Basil. 1575. Dazu *Labbaei* observationes et emendationes in Synops. Basilic. Par. 1606. 8.

10) Die „Practica ex actis Eustathii Romani", eine interessante Sammlung von Rechtsfällen aus der Mitte des 11. Jahrhunderts, herausgegeben von

Zachariä im jus Graeco-Rom. P. I., vgl. auch Dens. in den krit. Jahrb. 1847. S. 596 fgg.

11) Eine kleine interessante Monographie über die Pekulien der Hauskinder, wahrscheinlich aus dem 11. Jahrh., welche in 3 verschiedenen Handschriften auf uns gekommen, und jetzt von Heimbach im 2. Bande seiner *Ἀνέκδοτα* p. 247 sqq. herausgegeben ist.

12) Die s. g. *Synopsis minor*, aus der 1. Hälfte des 13. Jahrh., edirt von Zachariä im j. Gr. Rom. P. II. („Liber juridicus alphabeticus s. Synopsis minor et ecloga legum in epitome expositarum").

13) Das *Πρόχειρον νόμων τὸ λεγόμενον ἡ ἑξάβιβλος* (manuale legum dictum *Hexabiblus)* von Konstantinus Harmenopulus aus dem Jahre 1345. Es ist in zahlreichen Handschriften uns erhalten, und auch öfter herausgegeben worden; die beßten Ausgaben sind die von Reitz in Meerm. thes. tom. VIII. p. 1 sqq. und von Heimbach Lips. 1851 besorgten. — Vgl. auch Dirksen d. Rechtsb. d. Konstant. Harmenop. und die alte Glosse d. Turiner Institut. Handschr. Berl. 1847.

Vgl. überhaupt *Zachariae* historiae jur. Graeco-Romani delineatio. Heidelb. 1839, *Mortreuil* histoire du droit Byzantin. III vol. Par. 1843. 1844. 46. (vgl. Zachariä in krit. Jahrb. 1844. S. 794 fgg., S. 1083 fgg., 1847. S. 581 fgg.). Kürzere, aber sehr brauchbare Uebersichten geben Puchta Kursus d. Institut. I. §. 141, Boecking, Pandekten I. §. 23, Heimbach in Weiske's Rechtslex. VIII. S. 813 fgg., Erxleben Einl. S. 365 fgg., Rudorff, Rechtsgesch. I. §. 115. 125 fgg.

2) Das corpus juris canonici. §. 3.

Anm. 1. Unter den Ausgaben des corp. jur. can. sind hervorzuheben:

Corp. jur. can. a *Petro Pithoeo* et *Francisco* fratre ad veteres codices manuscriptos restitutum et notis illustratum. Par. 1687. II voll. fol.

Corp. jur. can. rec. et not. illustr. *J. H. Böhmer*. Hal. 1747. II voll. 4.

Corp. jur. can. ed. *Aem. Ludov. Richter*. Lips. 1839.

Anm. 2. Ueber die Zitirmethode der einzelnen Theile des Korp. jur. kan. ist hier zu bemerken:

1) Das Decretum Gratiani („Concordia discordantium canonum") zerfällt in drei Theile, deren erster und dritter in distinctiones und canones zerfallen, und man zitirt sie durch bloße Angabe der Zahl der dist. und des can., nur daß der dritte Theil durch den Zusatz de consecratione von dem ersten unterschieden wird (z. B. c. 2. D. 6; c. 1. D. 4. de consecr.). Die zweite pars theilt sich in causae, quaestiones und canones, und man allegirt z. B. c. 1. C. 2 qu. 1, wobei nur zu bemerken ist, daß causa 33. qu. 3. ausnahmsweise wieder in distinctiones und canones zerfällt, weshalb man diese quaestio, wie die erste pars zitirt, nur mit dem unterscheidenden Zusatz de poenitentia (z. B. c. 1. D. 2. de poenit.).

2) Die späteren Dekretalen-Sammlungen, mit Ausnahme der Extravaganten Johannes XXII, zerfallen sämmtlich in 5 Bücher, („Judex, judicium, clerus, sponsalia, crimen“), jedes Buch in Titel und die Titel in capita oder capitula. Sie werden daher sämmtlich, etwa wie der codex Justin. zitirt, nur daß jede Sammlung besonders bezeichnet wird, und zwar die Dekretalen Gregors mit einem X [z. B, cap. 5. X. de praescript. (2, 26)], die von Bonifaz mit einem: in 6to oder: VI. [z. B. cap. 1. de foro competenti in 6to (2, 2) oder cap. 2. de litis contest. VI. (2, 3)], die von Clemens mit einem Clem. [z. B. cap. un. Clem. de except. (2, 10) oder auch Clem. 2. de V. S. (5, 11)], die Extravaganten mit Extrav. [z. B. cap. un. Extrav. de religios. domib. (3, 9)].

3) Deutsche Reichsgesetze und allgemeine Gewohnheiten. §. 4.

Anm. Als Privatsammlungen der deutschen Reichsgesetze sind zu bemerken: Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede sammt den wichtigsten Reichsbeschlüssen. Frankf. 1747. 4 Bde. Fol.; Gerstlacher, Handbuch der deutschen Reichsgesetze in system. Ordnung. Carlsruhe 1786—94. 11 Theile. 8. (für das Privatrecht gehört besonders der 10te Theil); *Emminghaus* corp. jur. germ. tam publ. quam priv. academicum. Jen. 1824. 2 voll. 8. 2. Aufl. 1844.

III. Von der heutigen Anwendung des römischen Rechts.

1) Im Allgemeinen. §. 5.

Anm. Fast unbestritten war von jeher das Dogma, das römische Recht sei in Deutschland „in complexu“ rezipirt, und wer sich darauf berufe, habe „fundatam intentionem in jure“ für sich; ein Grundsatz, der im Wesentlichen mit dem andren zusammenfällt, daß das römische Recht in Deutschland nicht blos als *ratio* scripta, sondern vielmehr als *lex* scripta Geltung habe. Freilich ist dieses in neuerer Zeit mehrfach energisch bekämpft worden, vgl. besonders Kierulff, Theorie Vorrede p. X fgg., Beseler, Volksr. und Juristenr. S. 99 fgg., Ders., System des gem. deutschen Privatrechts §. 9, Reyscher, Zeitschrift für deutsches Recht IX. 10. Erhebt man aber nicht willkürlich Wünschenswerthes zu Wirklichem, und berücksichtigt man unbefangen die Geschichte der Rezeption des römischen Rechts, und die wirkliche Stellung desselben im deutschen Rechtsleben, so dürfte sich schwerlich etwas Erhebliches gegen die Geltung jenes Dogma einwenden lassen, und ganz unbedeutend ist namentlich der Einwurf, daß ja doch die Justinianischen Rechtsbücher für Deutschland nicht publizirt seien! vgl. auch Wächter gem. Recht Deutschlands. Leipzig 1844. S. 186 fgg., Gerber, das wissenschaftl. Prinzip des gem. deutschen Privatrechts. Jena 1846. S. 150 fgg.,

Erxleben Einl. S. 469 fgg. Zur Vermeidung von Mißverständnissen muß jedoch noch bemerkt werden:

1) Jenes Dogma hat keine prozessualische Bedeutung für die Beweislast, wie freilich schon oft angenommen worden ist, sondern es ist nur wichtig für die Konstruktion der Rechtstheorie. Gegen jene irrthümliche Herüberziehung auf das prozessualische Gebiet hätten die richtigeren Grundsätze über den Beweis von Rechtsnormen schützen sollen; vgl. auch Wächter a. a. O.

2) In jenem Grundsatze liegt natürlich nicht, daß alle einzelnen Sätze, die in den Justinianischen Rechtsbüchern enthalten sind, bei uns rezipirt seien. Dies ist vielmehr entschieden nicht der Fall bei allen, dem eigentlichen Staatsrecht angehörigen Bestimmungen, und überhaupt bei allen denjenigen Sätzen, die auf eigenthümlich römischen Einrichtungen beruhen, deren Voraussetzungen also bei uns gar nicht mehr vorhanden sind. Vgl. Weber, Versuche Nr. 1, *Huk* de hodierno jur. Rom. usu. Tub. 1830, Kritz, Rechtsfälle IV. S. 6 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 15 fgg.

3) Noch weniger berechtigt jener Grundsatz, römisches Recht auch bei solchen Rechtsverhältnissen in Anwendung zu bringen, die rein deutschen Ursprungs sind, und darum auch nur nach Prinzipien des germanischen Rechts beurtheilt werden dürfen. Es ist nicht zu verkennen, daß die unglückliche Sucht früherer Juristen, Alles zu romanisiren, der kräftigeren Entwicklung des nationaldeutschen Rechts unendlich mehr geschadet hat, als die Thatsache der Rezeption des römischen Rechts.

2) Vom Einfluß der Glossatoren insbesondere. §. 6.

Anm. 1. Wegen der bekannten, aus der Geschichte der Rezeption des römischen Rechts leicht erklärlichen Regel: *quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit forum* (Osenbrüggen in der Gießer Zeitschrift XV. 9, Savigny, System I. §. 17) ist es wichtig, genau die nicht glossirten Stücke der Justinianischen Rechtsbücher zu kennen.

I. Die Institutionen sind durchaus glossirt.

II. In den Pandekten sind blos nicht glossirt:

l. 7. §. 5 bis l. 11. de bon. damnator. (48, 20) und
l. 10 bis 19. de interdict. et relegat. (48, 22).

III. Im Kodex sind nicht glossirt:

Aus dem ersten Buche:

l. 3. 5. 6. 7. de summa trinit. (1, 1).
l. 15. 17. 18. 20. 24. 25. 26. de ss. eccles. (1, 2).
l. 29. 30. 36. 39. 40. 42—48. 53. 55. 57. de episc. et cler. (1, 3).
l. 14. 17. 18. 20. 22. 23. 25. 26. 29. 30. 32. 33. 34. de episc. aud. (1, 4).
l. 9. 11—18. 20. de haeret. et Manich. (1, 5).
l. 2. 18. de Judaeis et Coelic. (1, 9).
l. 2. ne Christ. manc. (1, 10).

l. 9. 10. de paganis (1, 11).
l. 3. 7. 8. de his, qui ad eccles. conf. (1, 12).
. 10. de legib. (1, 14).
l. 2. de mandat. princ. (1, 15).
l. 3. de vet. jure enucl. (1, 17).
l. 6. de off. praef. praet. orient. (1, 26).
l. 1. §. 8, l. 2. §. 19—23. de off. praef. praet. Afr. (1, 27).
l. 2. de off. com. rer. privat. (1, 33).
l. 13. de assess. (1, 52).
Aus dem zweiten Buche:
l. 4. de in jus voc. 2.
l. 18. 19. de advoc. divers. judic. 7.
l. 27. 28. de procur. 13.
l. 3. de jurejur. propt. calumn. 59.
Aus dem dritten Buche:
l. 11. 12. de judic. 1.
l. 2. 4. 5. de sportul. 2.
l. 1. 2. de plus petit. 10.
l. 1. 2. de aleator. 43.
. 15. de relig. 44.
Aus dem vierten Buche:
l. 1. 13. 15. 16. de testib. 20.
l. 16. 22. de fide instrum. 21.
. 1. de pign. act. 24.
l. 29. 30. de usur. 32.
l. 24. mandati 35.
l. 5. vectig. nova. 62.
l. 33. de loc. et cond. 65.
Aus dem fünften Buche:
l. 6. de sponsal. 1.
l. Manifestum (zwischen l. 8. und l. 9), l. 29. de nupt. 4.
Die restituirten Stellen hinter l. 10. de sec. nupt. 9.
l. 12. de repud. 17.
Aus dem sechsten Buche:
l. 4. de bon. libert. 4.
l. 4. si quis aliquem test. 34.
l. un. de inc. pers. 48.
Aus dem siebenten Buche:
l. 15. de sentent. 45.
l. 5. de fruct. et litium exp. 51.
l. 35. 36. de appell. 62.
Aus dem achten Buche:
l. 12. de aed. priv. 10.
l. 3. de op. publ. 12.
l. 1. de duob. reis. 40.

l. 29. de fidej. 41.
l. 4. de inf. exp. 52.
Aus dem neunten Buche:
l. 6. de custod. reor. 4.
l. 2. de priv. carc. inh. 5.
l. 1. si reus. 6.
l. 6. ad leg. Jul. maj. 8.
l. 37. ad leg. Jul. de adult. 9.
l. Liceat. hinter l. 4. ad leg. Cornel. de sicar. 16.
l. 2. de crim. sacrileg. 29.
l. 26. de poen. 47.
l. 11. de bon. proscript. 49.
Aus dem zehnten Buche:
l. 11. de jure fisci. 1.
l. 7. de fide et jure hastae. 3.
l. 7. 8. de delator. 11.
l. 1. 13. de annon. et trib. 16.
l. 9. de exact. tribut. 19.
l. 2. 3. ut nemini liceat in emt. 27.
l. 4. de discussor. 30.
l. 1. quib. munerib. 55.
Aus dem elften Buche:
l. 1. 2. de navicul. 1.
l. 16. de murileg. 7.
l. 7. de spectac. 40.
l. 18. de agricol. 47.
l. 2. ut nemo. 53.
Aus dem zwölften Buche:
l. 8. qui militare poss. 34.
l. 18. 19. de errogat. militar. annonae 38.
l. 12. de metatis 41.
l. 3. de filiis official. 48.
l. 7. de executor. 61.
l. 2. publicae laetitiae 64.

Vgl. Witte, die leges restitutae des Justinian. Kober. Breslau 1830, Biener und Heimbach, Beiträge zur Revision des Justinian. Kober. Berl. 1833.

IV. Unter den Novellen sind nicht glossirt: 11. 13. 21. 24—32. 35 bis 37. 40—43. 45. 50. 59. 62—65. 68. 75. 87. 101—104. 110. 121. 122. 126. 129. 130. 133. 135—142. 144—158. 160—168. Vgl. Biener, Geschichte der Novellen Justinians. Berl. 1824. S. 438 fgg.

Anm. 2. Die alte lateinische Uebersetzung der Novellen (s. g. versio ulgata) weicht in zahlreichen Fällen sehr beträchtlich von dem griechischen Originaltext ab, und da ist es denn schon lange streitig, welchem der beiden Novellen-Texte praktisch der Vorzug einzuräumen sei? Viele entscheiden sich unbedingt für die versio vulgata, indem sie sich einfach auf den Satz berufen:

quidquid non agnoscit glossa rel., und daraus ableiten, daß gerade nur das Authenticum in Deutschland rezipirt sei; vgl. z. B. *Mencken,* de novellar. glossatar. et non glossatar. auctorit. §. 12, Savigny, Syst. I. S. 67 fgg. Osenbrüggen in der Gieß. Ztschr. XVII. 11. Andere dagegen ziehen unbedingt den griechischen Originaltext vor, indem sie sich insbesondere darauf stützen, daß durch jene Regel nur bestimmt werde, in welchem Umfange die Justinianischen Rechtsbücher bei uns rezipirt seien; dagegen seien wir bei den rezipirten keineswegs an die Gestalt gebunden, in welcher dieselben bei den Glossatoren vorgekommen seien, denn diese Gestalt sei eben nur ein Produkt der wissenschaftlichen Thätigkeit der Glossatoren, und wie wir an diese anerkannter Weise in andren Beziehungen nicht gebunden seien, wenn reichere Hülfsmittel oder bessere Einsicht uns darüber erhoben hätten, so sei dies ganz eben so auch in Betreff der Textes-Konstruktion der Novellen der Fall, vgl. Homberg in der Vorrede zu seiner Uebersetzung der Novellen, Glück, Komm. I. S. 348 fgg., Spangenberg, Einleit. in das corp. jur. S. 174 fgg., Göschen, Vorles. I. §. 6, Sintenis, Zivilr. I. S. 13 fgg. In dem Prinzip, daß nicht die versio vulgata, sondern der wirkliche Justinianische Text als bei uns rezipirt anzusehen sei, stimme ich unbedenklich mit den Vertheidigern der letztern Ansicht überein, aber nicht so unbedingt in Betreff der daraus gezogenen Konsequenz, daß der griechische Text stets der versio vulgata vorgehen müsse. Bei dieser Konsequenz wird nämlich offenbar vorausgesetzt, entweder, daß der griechische Text, so wie er auf uns gekommen ist, völlig authentisch sei, und mit Sicherheit den Original-Ausdruck des Kaisers enthalte, oder, daß doch die versio vulgata gerade und zwar ausschließlich auf den, auf uns gekommenen, griechischen Text gegründet sei. Aber keine dieser beiden Voraussetzungen ist begründet, denn es ist völlig unzweifelhaft, daß wir überhaupt kein authentisches Exemplar der Novellen besitzen, sondern blose Privatsammlungen, und eben so ist es gewiß, daß die versio vulgata nicht aus der auf uns gekommenen griechischen Sammlung von 168 Novellen, sondern aus einer, davon verschiedenen, hervorgegangen ist, vgl. Biener, Gesch. der Novellen. S. 255 fgg., Osenbrüggen a. a. O. S. 399 fgg. Hält man dieses fest, so kann offenbar eben so wenig der griechische Text, wie er in der Sammlung von 168 Novellen auf uns gekommen ist, der versio vulgata, wie umgekehrt die versio vulgata dem griechischen Texte unbedingt vorgezogen werden, sondern es stellt sich zwischen beiden ein ganz ähnliches Verhältniß heraus, wie bei den Pandekten zwischen dem Florentinischen und den s. g. Vulgat-Manuskripten. Ueberall da, wo die Abweichungen der versio vulgata auf irriger Uebersetzung beruhen, oder auf falschen Konjekturen der Glossatoren, da muß unbedenklich der griechische Text vorgehen; wo aber die Abweichungen so beschaffen sind, daß man daraus erkennen kann, daß die versio vulgata auf einen andren handschriftlichen Text gegründet ist, als der sich in der auf uns gekommenen griechischen Sammlung vorfindet, da müssen die allgemeinen Regeln der Kritik entscheiden, welche der mehreren Lesarten als die vorzüglichere angesehen werden muß. Vgl. auch Puchta, Vorles. über d. heut. röm. Recht. I. S. 9 fgg.

IV. Vom Verhältniß des römischen Rechts zu dem kanonischen und den deutschen Reichsgesetzen, und vom Verhältniß der einzelnen Theile des römischen Rechts zu einander. §. 7.

Anm. Vgl. über die verschiedenen Ansichten außer den Lehrbb. noch besonders: Schöman, Handb. I. S. 1 fgg.; Thibaut, civ. Abh. S. 79 fgg.; Hufeland, über den eigenthüml. Geist des röm. R. I. S. 131 fgg.; v. Löhr in seinem und Grolm. Mag. III. Nr. 7; Fritz, Erläuterungen zu Wening I. S. 7 fgg.; Göschen, Vorles. I. S. 10 fgg.; Savigny, Syst. I. S. 268 fgg.; Kritz, Rechtsfälle IV. S. 68 fgg.; Sintenis, Zivilr. I. S. 52 fgg.; Puchta, Vorles. I. §. 19. S. auch noch Schmidt, Methode der Auslegung der Justin. Rechtsbücher. Kiel 1855.

V. Ausgewählte Literatur des Civilrechts.

Vgl. *Lipenii*, Biblioth. real. jurid. cum Supplem. *Schottii* et *de Senkenberg*. Lips. 1757. 1775. 1789. IV. tom. fol. et *Madihn*. Vratisl. 1816. *Struvii*, bibl. jur. selecta, ed. 8. Jen. 1756. König, Lehrb. der jur. Literatur. 2. Thl. Halle 1785. *ab Ulmenstein*, Bibl. select. jur. civ. Just. Berol. 1821—23. IV. tom. 8. Ersch, Literat. der Jurispr. u. Politik. Leipzig 1823. Schletter, Handb. der jurist. Literatur. Grimma 1843. Walther, Handlex. der jurist. Literatur des 19. Jahrh. 1. Hälfte. 1854.

1) Exegetische Schriften. §. 8.

Anm. 1. Als Kommentare über das ganze corp. jur. sind außer der Glosse nur noch die verschiedenen Schriften des Cujacius zu nennen, in denen wohl kaum eine Stelle der römischen Rechtsbücher unbesprochen geblieben ist. Vollständige Ausgaben von *Cujacii* opera omnia sind die von Fabrot, Lutet. Paris. 10 tom. fol., die zwei Neapolitaner Ausgaben v. 1722 fgg. (besorgt von Ranius) und von 1757 (besorgt von Dominicus Albanensis) in 11 Foliobänden und endlich die Venetianische Ausgabe 1758, ebenfalls in 11 Foliobänden. Zum vollständigen Gebrauch fast unentbehrlich ist *Dom. Albanensis* promtuar. universor. opp. J. Cujac. Neap. 1763. und Mutin. 1795. 2 tom. fol. Vgl. Thibaut, civ. Abh. S. 248. Hugo, civ. Mag. VI. S. 189 fgg. Thibaut, im civ. Arch. XIII. S. 193 fgg. 452 fgg. — Unter den zahlreichen Kommentaren über einzelne Theile des corp. jur. sind hervorzuheben:

1) Ueber die Institutionen die Kommentare von *Balduin*. Par. 1546. *Hotomann*. Bas. 1560 (in opp. tom. II.), *Giphan*. Ingolst. 1596, *Jan. a Costa*, ed. alt. cur. van de Water, Lugd. Bat. 1744, *Bachov. Echt*. Francof. 1643. *Vinnius* c. not. Heineccii Lugd. Bat. 1726, *Otto* cura Iselii 1760. 4. *Schrader* in dem comment. perpet. zu seiner Ausgabe Berol. 1832.

2) Ueber die Pandekten: *Odofredi* comment. in Dig. Venet. 1480. Lugd. 1550.

Alciati comm. in var. tit. Digest. (in opp. tom. I. II.)

Duareni comment. in Pand. (in opp. pag. 1 sqq.

Donelli comment. in quosd. tit. Dig. (in opp. tom. X. XI).

Giphanii lectur. Altorph. in tit. Dig. et Codic. var. Francof. 1605.

Ant. Fabri rationalia in Pandect. Lugd. 1659 sqq. (von Buch I bis XIX).

Brunnemanni comment. in L. libros. Pandect. Francof. 1670.

Zur Auffindung zerstreuter Erklärungen einzelner Stellen dienen *Hommelii* corp. jur. civ. cum not. varior. Lips. 1768. (Institutionen und Pandekten), *Schultingii* Notae ad Dig. edid. atque animadv. adjec. *Smallenburg* Lugd. Bat. 1804—35, VII. tomi. (blos Pandekten), *Schimmelpfeng* Hommel redivivus. 3 Bde. Kassel 1858—59. (Institutionen, Pandekten, Codex und Novellen).

3) Ueber den Codex: *Odofredi* lectura sup. XII. libr. Cod. Lugd. 1550.

Azonis Lectura s. commentar. ad singul. leges XII. libror. Cod. Par. 1577. fol.

Donelli comment. absol. in II. III. IV. VI. et VII. libr. Cod. Just. Francf. 1599 (in opp. tom. VII—IX).

Giphanii explanatio difficilior. et celebr. leg. Cod. Just. Colon. 1614.

Wissenbachii comment. cathedr. in libr. VII. Codic. Francf. 1701.

Perezii praelect. in Codic. Colon. 1661. II. tom.

Brunnemanni comment. in libr. XII. Codic. Lips. 1697.

4) Ueber die Novellen: *Balduini* comment. in praecip. Just. Nov. Lugd. 1548.

Stephani exposit. Novell. const. Francf. 1608.

Rittershusii Jus Just. h. e. Novell. Just. expositio method. Argent. 1605.

5) Ueber vermischte einzelne Stellen: *Alciati* paradoxor. libri VI.; dispunct. libr. IV.; praetermissor. libr. II.; parergor. libr. XII. (in opp.)

Augustini emendat. et opin. libr. IV.; Venet. 1543 (in Otton. thes. tom. IV).

Duareni disput. annivers. libri II. (in opp).

Cujacii observ. et emend. libr. XXVIII. (in opp. edit. Neap. tom. III).

Hotomanni observ. et. emend. libr. XIII. (in opp. tom. I).

Ant. Fabri conjectur. jur. civ. libr. XX. Lugd. 1691. fol.

Bronchorst ἐναντιοφανῶν centuriae quatuor. Lugd. Bat. 1598.

M. Lyclama a Nycholt membranar. libri VII. Francf. 1608.

Panciroli thesaurus variar. lection. utr. jur. in III libr. distinctus. Lugd. 1617 (auch in *Heinecc.* jurispr. Rom. et Att. tom. II. p. 917 sqq.).

Jul. Pacii ἐναντιοφανῶν centuriae VII. Lugd. 1618.

Amaya observationum jur. libri III. Genev. 1633.

Chesii interpretation. jur. libri II. Liburni 1657. (auch in *Heinecc.* jurispr. Rom. et Att. tom. II. p. 1 sqq.)

van de Water observationum jur. Rom. libri III. Traj. Bat. 1713.

Duirsema conjecturalium jur. civ. libri II. Gron. 1714.

Jensii stricturae ad Just. Codicem ac Pandectas. Rotterod. 1749.

Grotii florum sparsio ad jus Justin. cum praef. Gebaueri Hal. 1729.

a Costa praelect. ad illust. quosd. tit. locaque selecta jur. civil. edid. Voorda. Lugd. Bat. 1773.

Merillii observ. libr. VIII. (in opp.)

Noodtii probabil. jur. civ. libr. IV. observat. libr. II (in opp.)

van Bynkershoek observat. jur. Rom. libr. VIII. edid. Heinecc. Francf. et Lips. 1793. 2 tom.

Averanii interpret. jur libr. V. Lugd. Bat. 1736 sqq. III tom.

Branchu observat. ad jus Rom. Dec. I. Lugd. Bat. 1721. dec. alt. 1723.

Voorda interpret. et emend. jur. rom. libr. III. Traj. ad Rh. 1768.

Wieling lection. jur. civ. libr. II. Traj. ad Rh. 1740.

d'Arnaud var. conject. libr. II. Francf. 1738.

Marckartii probabilia rec. lect. jur. civ. Traj. ad Rh. 1737; pars. II. 1738.

Conradi observat. jur. civil. Marb. 1782.

Püttmanni interpret. et observ. lib. sing. Lips. 1763. probabil. jur. civ. libr. II. Lips. 1766.

Cannegieter observ. jur. Rom. libr. IV. Lugd. 1772.

Crameri dispunct. jur. civ. lib. sing. Suerin et Wism. 1792.

a Teisterbant dict. Bilderdyk. observ. et emend. lib. Brunsv. 1806.

Anm. 2. Wichtig für die Exegese der Quellen sind auch die juristischen Wörterbücher, unter denen ich hervorhebe: 1) *Brissonii* de verborum, quae ad jus civile pertinent, significatione opus. Lugd. 1559. fol., cura Heineccii Hal. 1743. fol. (Dazu *Wunderlich* additamenta ad Brissonii opus de V. S. Hamb. 1778. fol. und *Cramer*, supplementi ad Brissonii opus de V. S. spec. I. Kil. 1813. 4). — 2) *Vicat* vocabularium juris utriusque. edit. 2. 4 voll. 8. Neap. 1760. — 3) *Dirksen* manuale latinitatis fontium jur. civ. Romanor. Berol. 1837. 4. — 4) Heumann, Handlexikon zum corp. jur. civ. Jena 1846. 8. 1853. — Zu erwähnen sind hier auch: *Richter* de significat. adverbiorum in jure. Jen. 1666. 4; *Strauchii* lexicon particularum juris cura Buderi. Jen. 1719. 4.; *Duckeri* opuscula varia de Latinitate ICtorum veterum. Lugd. 1711; *Kirchmaieri* opuscula VI. de latinitate Digestorum et Institutionum cura *Madihn.* Hal. 1772.

2) Systeme. §. 9.

Anm. 1) Nach der Titelfolge der Institutionen: *Huberi,* praelectiones ad Institutiones Justinianeas. Francf. 1678. (auch als erster Theil von Huber's praelectiones juris civilis).

Höpfner's theoretisch-prakt. Kommentar über die Heineccischen Institutionen [nämlich Heineccii Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum] Frankf. 1783; 7te Aufl. mit Anmerk. von Weber 1803. und 8te Aufl. 1818 .(später noch öfter, aber unverändert abgedruckt).

2) Nach der Titelfolge der Pandekten: *Treutleri* sel. disputationes ad jus civ. Justinian. 2 voll. Marb. 1596. 1603. 4 und dazu die ausführlichen Kommentare von Bachov-Echt, Notae et animadversiones ad Treutleri disputt. III voll. Heidelb. 1617—19 und öfter, und von Hunnius, resolutiones absolutissimae in Treutleri disputt. III voll. Francf. 1617 bis 20.

Meieri collegium Argentoratense. Argent. 1616—17. 2 voll.; mit Anmerk. von *Tabor* herausgegeben von *Bechtold*. Tüb. 1657. 3 voll.

Struvii syntagma juris civilis. Jen. 1659; neueste Ausg. Struvii syntagma jurispr. sec. ord. Pandect. cum additionib. Mülleri Francf. et Lips. 1738. 3 voll.

Huberi praelectiones jur. Rom. et hodierni ad Pandect. Francf. 1689—90. 2 voll. (auch als 2ter und 3ter Theil von Huber's praelect. jur. civ.).

Lauterbachii collegium theoretico-practicum. Tüb. 1690—1711. 3 voll. edid. noviss. Tüb. 1784.

Voet, commentar. ad Pandect. edit. noviss. Hal. 1776. 6 tom. 8.

Schilteri praxis jur. civ. Rom. in foro Germ. 3 tom. Fanrcf. et Lips. 1713—33.

Strykii usus modernus Pandectarum (in opp. praestantior. tom. I und II. Hal. 1746).

J. H. Böhmeri introductio in jus Digestor. Hal. 1704. edid. noviss. Hal. 1791. 2 voll.

Westenbergii principia secundum ordin. Digestor. Harderov. 1712. edid. noviss. Berol. 1814—23. 2 voll.

Pothier, Pand. Just. in nov. ord. dig. Par. 1748, ed. nov. Par. 1825. 5 voll. 4.

Hellfeld, jurisprud. forens. secundum Pandect. ordin. proposita. Jen. 1764, edit. noviss. cura *Oeltze*. Jen. 1806.

Malblank, principia jur. Rom. sec. ordin. Digest. 3 part. Tüb. 1801—2.

Glück, ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Bd. I bis XXXIV. 1790—1830; fortgesetzt von Mühlenbruch, Bd. XXXV—XLIII. 1832—43 und von Fein, Bd. XLIV u. XLV. 1851 u. 1853 (geht bis zum Schluß des 29. Buchs). Nachträge zum Glück'schen Kommentar liefert Reinhardt, Ergänzungen zu Glück's ausf. Erläut. der Pand. Stuttg. 1833 fgg. (vier Bände).

Eichmann, Erklärungen des bürgerl. Rechts nach Hellfeld's Lehrbuch der Pandekten, Th. 1—5. Berl. und Stralf. 1779—1799.

Köchy, theoretisch-prakt. Kommentar über die Pandekten nach Anleitung des Hellfeld'schen Lehrb. Th. 1—3. Leipz. 1796—1804.

Weber, Erläuterungen der Pand. nach Hellfeld. Nach dem Tode des Verf. herausgegeben von dessen Sohn. 2 Thle. Leipz. 1820.

3) Nach selbstgewählter Ordnung:

a) Grundrisse: Seidenstücker, Entw. eines Systems des Pandektenrechtes. Jena 1807.

Heise, Grundriß eines Syst. des gem. Zivilr. Neueste Aufl. Heidelb. 1823.

Burchardi, Entw. eines Syst. des röm. just. Rechts. Bonn 1819.

Haubold, doctr. Pandect. lineam. cum loc. class. et select. lit. Lips. 1820.

Bergmann, Abriß eines Systems der Pandekten. Gött. 1810.

Unterholzner, Entw. zu einem Lehrgeb. des bei den Römern gelt. bürgrl. Rechts. Bresl. 1817.

Roßberger, System des gemeinen Zivilr. Berlin 1826.

Gans, System des röm. Zivilr. Berl. 1827.

Blume, Grundr. des Pand. Rechts. Halle 1829.

(Göschen), Grund. zu Pand. Vorles. mit beigef. Zitaten und eingeschalteten einzelnen Erörterungen. Gött. 1831.

(Bethmann-Hollweg), Grundriß zu Pandekten-Vorles. Bonn 1831.

Puchta, System des gem. Zivilr. zum Gebrauch bei Pandekten-Vorles. München 1832.

Rudorff, Grundr. zu Vorles. über das gem. Zivilr. mit einer Samml. von Beweisstellen und Ausführung einzelner Lehren. 2. Aufl. Berlin 1843.

Boecking, Pandekten. Grundriß eines Lehrb. mit Quellen- und Literatur-Angaben nebst Chrestomathie. 5. Aufl. Bonn 1861.

Dworzack, System des röm. Privatr. im Grundriß. Wien 1856.

Esmarch, Grundsätze des Pand. R. zum akad. Gebrauche. Wien 1859.

b) Ausgeführte Systeme: *Connani,* commentarior. jur. civil. libri X. edit. noviss. Neap. 1724. fol.

Donelli, commentarior. jur. civ. libri XXVIII. cura Sc. Gentilis. V. tom. Francf. 1595—97; auch in opp. tom. I—VI; zuletzt cura Koenig tom. I—IV. Norimb. 1801—1808, fortgesetzt von *Bucher,* tom. V--XVI. ibid. 1822—34. (Auszüge enthalten *Hilliger,* Donellus enucleatus. 2 tomi Jen. 1640. 4 und *Vinnius,* jurisprud. contractae s. partitionum juris civilis libri IV. Rotterd. 1623).

Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public et legum delectus. Par *Jean Domat,* T. I—III. Paris 1689—1697; zuletzt Par. 1777. 2 voll. fol.

Berger, oeconomia juris ad usum hodiernum adcommodata cura Haubold. Lips. 1801. 4.

Madihn, principia jur. Rom. P. I—V. Francf. cis Viadr. 1786—91.

Hofacker, principia jur. civ. rom. germ. tom. I. Tüb. 1788. tom. II et III. cura *Gmelin.* ibid. 1794—98; edit. 2da ibid. 1800—1803.

Dabelow, System der heutigen Zivilrechtsgelahrtheit, 2 Thle. Halle 1794; 2te Ausg. das. 1796; 3te Ausg. unter dem Titel: Handbuch der heutigen gemeinen römisch-deutschen Privatrechte das. 1803.

Thibaut, System des Pandektenrechts. Jena 1803. 7te Ausg. das. 1828. 2 Bde. (hierauf bezieht sich Braun, Erörtr. über die bestrittensten

Materien des Röm. Rechts in Zusätzen zu Thibaut's Pand. Syst. Stuttg. 1831, über welche Schrift Thibaut's Erklärung in Augsb. Allg. Zeit. vom 1. Oct. 1831 zu vergleichen ist); 8te Aufl. Jena 1834 (hierzu Froben, Erörtr. einzelner Lehren des röm. Rechts. Stuttg. 1836); 9. nach dem Tode des Verf. von Buchholtz besorgte Ausgabe. Jena 1846.

Wittich, einfaches System des heutigen Zivilrechts. Frankfurt 1804—5. 3 Bde.

Günther, principia jur. Rom. priv. noviss. Jen. 1805 und 1809. 2 voll. (dazu Glück, Handb. zum system. Studium des neuesten röm. Privatr. Th. 1. auch unter dem Titel: Einleitung in das Studium des röm. Privatrechts. Erl. 1812).

Hufeland, Lehrb. des in den deutschen Ländern gelt. gem. oder subsid. Zivilrechts. Gießen 1808. 1814. 2 Bde.

Bucher, Versuch einer system. Darstellung des Just. Privatr. Marb. 1808. 3te. Ausg. Erl. 1822.

Mackeldey, Lehrb. der Institutionen des heutigen röm. R. Gießen 1814. die folgenden Ausgaben unter dem Titel: Lehrb. des heutigen römischen Rechts. 10te Ausg. Gießen 1833 2 Bde. 11. u. 12. nach d. Verf. Tode von Roßhirt, 13. von Fritz besorgte Ausg. Gießen 1837. 1842. 1851. Ins Latein. übersetzt von *Hindenburg*. Lips. 1847.

Schweppe, das röm. Privatrecht in seiner Anwend. auf deutsche Gerichte. Altona 1814. 3. Ausg. 1822. 4. als Handb. bearbeitete Ausg. Bd. 1 u. 2. Gött. 1828. nach des Verf. Tod fortgesetzt von Mejer, Bd. 3—5. Gött. 1831—1834. (Zu der 2ten Ausg.: Seuffert, Erörterungen einzelner Lehren d. röm. Privatr. 2. Abth. Würzb. 1820 und 21, und desselben Erläuterungen zu den Lehren des Erbr. und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Würzb. 1820).

v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gemeinen Zivilrechts nach Heise's Grundriß. München 1822—1825. 3 Bde.; 5te nach des Verf. Tod von Fritz besorgte Ausgabe 1836—1837. (dazu: Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu v. Wen.-Ingenh. Lehrb. von Fritz, bisher 3 Hfte. Freib. 1833—1839).

Mühlenbruch, doctrina Pandectar. III. voll. Hal. 1823—1825. edit. III Hal. 1830—1831; auch in deutscher Bearbeitung unter dem Titel: Lehrbuch des Pandektenr.; nach der 3ten Auflage der doctrin. pandect. deutsch bearbeitet. 3 Bde. Halle 1835—1837; 4te nach des Verf. Tode von Madai bes. Ausgabe. Halle 1844.

Seuffert, Lehrb. des prakt. Pandektenrechts. Würzburg 1825. 3 Bde., 4. Aufl. 1860 fg.

Warnkoenig, commentarii jur. rom. priv. Leod. 1825—29. III tom.

Valett, ausführl. Lehrbuch des Pandektenrechts. Göttingen 1828—1829. 3 Bände.

Haimberger, jus Roman. privatum idque purum. Leopoli 1829—30. IV tom. Auch deutsch Wien 1835.

Puchta, Lehrb. der Pandekten. Leipz. 1838; 8. nach des Verf. Tode von Rudorff besorgte Auflage. 1856. Hierzu: Vorlesungen über das heutige röm. Recht von Puchta, herausgegeben von Rudorff. 2 Bände. Leipzig 1847. 1848.

4. Auflage. 1854. 1855 und Pagenstecher, Pandekten-Praktikum zu Puchta's Pandekten. Heidelberg 1860.

Göschen, Vorlef. über das gem. Zivilrecht, herausgegeben von Errleben. 3 Bde. Gött. 1838—1840.

Kierulff, Theorie des gem. Zivilr. Bd. I. Altona 1839.

Roßhirt, gem. deutsches Zivilr. 3 Bde. Heidelb. 1840.

v. Savigny, System des heut. röm. Rechts. VIII Bde. Berl. 1840—49 (enthalten den allgem. Theil des Systems).

v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gem. Zivilr. Bd. I. Leipzig 1843. Bd. II. in 2 Abtheil. 1845—47. Bd. III. Supplemente. 1854. 2. Ausgabe. 1855 fgg.

Sintenis, das prakt. gem. Zivilr. 3 Bde. Leipzig 1844 fgg., 2. Auflage. 1860 fgg.

Schmid, Handb. des gegenwärtig geltenden gem. deutschen bürgerlichen Rechts. Besondrer Theil. I. Bd. (die Lehre v. Eigenthum). Leipz. 1847. II. Bd. Emphyteusis, Superfizies, Erbleihe, Lehnrecht). 1848.

Arndts, Lehrb. der Pandekten. München 1852. 3. Auflage. 1859.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Abtheilung 1. Erl. 1857. Abth. 2. erste Hälfte. 1860.

Keller, Pandekten-Vorlesungen aus dem Nachlaß des Verf. herausgegeben von Friedberg. Leipz. 1861.

Mehr zur Pandekten- als zur Institutionen-Literatur gehören auch:

Schilling, Lehrb. für Institutionen und Gesch. des röm. Privatrechts. Ersten Bandes 1. Lieferung (Einleitung). Leipz. 1834. Bd. II. (Allgem. Theil und Sachenrecht) 1837. Bd. III. (Obligationen 1846).

Puchta, Kursus der Institutionen. Bd. I. und II. Leipzig 1841—1842. Bd. III. aus dem Nachlaß des Verfassers herausgegeben von Rudorff. 1847. 5. Auflage. 1856—57.

Burchardi, Lehrbuch des röm. Rechts. Bd. I. Stuttg. 1841. Bd. II. in 4 Abtheil. 1843—1848.

Boecking, Institutionen. Ein Lehrb. des röm. Privatrechts. Bd. I. Bonn 1843. 2. Aufl. Bonn 1853 (mit dem Titel: Pandekten des röm. Privatr. — — oder Institutionen des gem. deutschen Zivilr.) Bd. II. Liefr. 1. 1855.

Ch. Maynz, Elements de droit Romam. 3 tom. Brux. 1845—55, 2. ed. 1856 sq.

In Verbindung mit Partikularrecht behandeln das gemeine Recht in ausgezeichneter Weise:

Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatr., bis jetzt 2 Bde. Stuttg. 1839—1851, und

Unger, System des österreichischen allgem. Privatrechts, bis jetzt 2 Bde. Leipzig 1856—59.

2) Gemischte Schriften. §. 10.

Anm. 1) Gesammelte Werke. Außer den schon oben (§. 8. Anm. 1) angeführten Werken von Cujac. sind hier noch folgende hervorzuheben:

Alciati opera omnia, edit. nov. Francf. 1617. 4 tom. fol.
Zasii O. O. Francf. 1590. 6 tom. fol.
Corasii O. O. cur. Forsteri. Vit. 1603. 2 tom. fol.
Duareni O. O. edit. noviss. Francf. 1607 fol.
Goveani opera. Lugd. 1562.
Hotomanni opera cura Lectii. Genev. 1599—1600. 3 tom. fol.
Contii opera ed. Mèrill. Par. 1616. 4.
Donelli opera cur. Pellegrini. Lucc. 1762—70. 12 tom. fol.
Raevardi O. O. ed. 2. Francf. 1622. 8.
Gentilis O. O. Neap. 1763—69. 8 tom. 4.
Augustini opera. Lucc. 1765—74. 8 tom. fol.
Merillii opera. Neap. 1720. 2 tom. 4.
Alteserrae opera cura Marotta. Neap. 1776—80. 6 tom. 4.
Noodtii opera edit. noviss. Lugd. Bat. 1767. 2 tom. fol.
Westenbergii O. O. Han. 1746—58. 3 tom. 4.
Bynkershoekii O. O. cura Vicati. Lugd. Bat. 1766. fol.
Heineccii O. O. cum supplem. Genev. 1765—79. 9 tom. 4.

Unter den Sammlungen kleinerer verschiedenartiger Werke desselben Verfassers sind hervorzuheben:

Brissonii opera minora edit. *Trekell.* Lugd. Bat. 1747. fol.
Jac. Gothofredi opera juridica minora cura *Trotzii.* Lugd. Bat. 1733. fol.
Reinoldii opusc. jurid. rar. edid. *Iuglerus.* Lugd. Bat. 1755. 8.
Ludewig, opuscula miscella. 2 tom. Hal. 1720. fol.
Waechtleri opusc. rarior. c. praef. *Trotz.* Traj. ad Rh. 1733.
Heineccii sylloge opusculorum variorum. Hal. 1735. 4.
J. L. Conradi opuscula ex jure civili. 2 tom. Brem. 1777—78.
Ch. Fr. G. Meister, selector. opuscul. sylloge I. II. Gott. 1767—75.
Schultingii commentationes academicae. Ed. *Uhlius.* vol. I—IV. Hal. 1770—74.
Hellfeld, opusc. et dissert. jur. civ. priv. Jen. 1775. 4.
Ejusd. oper. minor. tom. I. Jen. 1789. 4.
Crell, dissertt. et programm. fasc. I—XII. Hal. 1775—84.
Gebaueri exercitt. acad. varii argum. tom. I. II. Erf. 1776—77.
Glück, opusc. jurid. fasc. I—IV. Erl. 1785—90.
Walch, opusc. tom. I—III. Hal. 1785—93. 4.
Baueri opusc. acad. tom. I. II. Lips. 1787.
Winkleri opuscula minora. Lips. 1792—97. 2 tom. 8.
F. C. Conradi scripta minora ed. *Pernice.* Hal. 1823.
Hauboldi opusc. acad. vol. I. ed. *Wenck.* Lips. 1825. vol. II. edid. *Stieber.* ibid. 1829.

Bieneri opusc. acad. Lips. 1830. 2 tom. 4.

A. W. Cramer's kleine Schriften, herausgeg. von Ratjen. Leipz. 1837.

Wenckii opusc. acad. edid. *Stieber*. Lips. 1834.

Savigny vermischte Schriften. 5 Bde. Berl. 1850.

Puchta's kleine zivil. Schriften, herausgegeben von Rudorff. Leipz. 1851.

2) Vermischte Abhandlungen desselben Verfassers: *Pet. Fabri* Semestrium lib. I. Par. 1570. 4. lib. II. Lugd. 1573. 4. lib. III. ibid. 1595. 4.

Ant. Fabri, de erroribus pragmaticorum et interpretum juris P. I—IV. Lugd. 1598.

Vaudi, variar. quaest. libri II. Han. 1595.

Hotomanni quaestion. illustrium liber. 1598.

de Valentia illustrium juris tractatuum libri III. Salmant. 1625 bis 34. 4.

Vinnii selectar. jur. quaest. libri II. Lugd. Bat. 1653. 8.

Menagii jur. civil. amoenitates. Par. 1664. 8.

Ulr. Huberi digressiones Justinianeae. Francf. 1670. 8. vermehrt das. 1688 und dann cura Zach. Huberi das. 1696.

Lauterbachii diss. acad. Tub. 1728. 4. tom. 4.

Bergeri diss. jur. select. Lips. 1707. 4.

Hertii comment. atque opusc. de select. et rarior. ex jur. univ. arg. ex edit. Hombergkii. Francf. 1737. 2. tom. 4.

H. de Cocceji exercit. curiosae. Lemgov. 1722. 2. tom. 4.

Alef, dies academici. Heidelb. 1753.

Thomasii dissert. variae. Hal. 1774—80. 4. tom. 4.

Bynkershoek, opusc. var. ex edit. Conradi. Hal. 1729. 2 tom. 4.

Nordkerk, observationum decas. Amst. 1731.

Leyseri meditationes ad Pand. Vol. I—XI. Lips. 1772. vol. XII et XIII. cur. Hoepfneri. Giess 1774—80.

J. H. Böhmeri exercitt. ad Pand. cur. G. L. Böhmeri. Han. et Gött. 1745—64. 6 tom. 4.

Majansii disputationes jur. Lugd. Bat. 1752. 4 tom. 4.

Woltaer, observationum fascic. I et II. Hal. 1777 und 79.

G. L. Böhmeri selecta jur. civil. Gött. 1767—78. 3 tom. 4.

Püttmanni adversar. jur. univ. lib. I—III. Lips. 1775—88; varior. opusc. sylloge. Lips. 1786. 8; miscellaneor. lib. sing. Lips. 1793.

Weber, Versuche über das Zivilr. und dessen Anwendung. Schwer. und Wism. 1801.

Gebr. Overbeck, Meditationen über versch. Rechtsmaterien. 11 Bdchen. Hannov. 1796—1807.

Köchy, zivilist. Erörtr. Leipz. 1797.

Bolley, Betracht. über versch. Rechtsmat. Stuttgart. 1800. Ders. verm. jur. Aufsätze. Stuttg. 1831.

Hübner, disput. jur. civ. Jen. 1806.

Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Jena 1798—1801. 2te Aufl. Jena 1817. 2 Bde.

Desselb. zivilist. Abh. Heidelberg 1814.

Reichhelm, Versuch einer Auslegung dunkler für den Theoretiker und Praktiker gleich wichtiger Gesetze aus dem Zivil= und Lehnrecht. Halle 1799.

v. Ende, vermischte juristische Abh. Th. I. Celle 1802. — Ders. verm. jurist. Ausführungen. Hannov. 1816.

Baueri respons. ad quaest. ex jure var. Lips 1801. 2 voll. 4.

Feuerbach, ziv. Versuche. Gießen 1803.

Pfeiffer, vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen und röm. Privatr. Marb. 1803.

Schöman, Handb. des Zivilr. in einzelnen Abh. 2 Thl. Gießen 1806.

Buchholz, Vers. über versch. Rechtsmat. Lüb. 1808.

Schrader, Abh. aus dem Zivilr. Hann. 1808.

Desselb. zivil. Abh. Weim. 1816. 2 Abth.

Unterholzner, jur. Abh. München 1810.

Goeschen, observ. jur. Rom. specim. Berol. 1811.

Hufeland, über den eigenth. Geist des röm. Rechts. Eine Reihe von Abh. Gießen 1815—1817. 2 Th.

Batz, Abh. über versch. Gegenstände des nat. und pos. Rechts. Tüb. 1816.

Dabelow, Handbuch des Pandekten=Rechts in einer krit. Revision seiner Hauptlehren. Halle 1816—18. 3 Th.

v. Bülow, Abhandl. über einzelne Materien des röm. bürgerl Rechts. Braunschw. 1817—18. 2 Th.

Kämmerer, Beitr. zur Geschichte und Theorie des röm. Rechts I. Bd. Rost. und Schw. 1817.

Ejusd. observat. jur. civ. Rost. 1827.

Klüpfel, über einzelne Theile des bürgerl. Rechts. Stuttg. 1817.

Witte, Abh. aus dem Gebiete des röm. Rechts. Berl. 1817.

Mühlenbruch, observat. jur. Rom. spec. I. Regim. 1818.

Schweppe, jurist. Mag. I. Fasc. Alt. 1818.

Gesterding, alte u. neue Irrthümer der Rechtsgelehrten. Greifsw. 1818.

Desselben Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmat. Greifsw. 1825—40; VI Bde. und Bd. VII. Abth. 1.

Dirksen, ziv. Abh. Berl. 1820. 2 Bde.

Desselb. Vers. zur Kritik und Auslegung der Quellen des röm. Rechts. Leipz. 1823.

Dess. Beitr. zur Kunde des röm. Rechts. Leipz. 1825.

Dess. verm. Schriften. Th. I. Berl. 1841.

Neustetel und Zimmern, römisch=rechtl. Unters. für Wissensch. und Ausüb. Heidelb. 1821.

Reinhardt, verm. Auss. aus dem Gebiete der reinen und angewandten Rechtsw. H. 1—3. Stuttg. 1822—27.

G. Fr. Puchta, zivil. Abh. Leipz. und Berl. 1823.

Kritz, exeg. prakt. Abh. über ausgew. Materien des Zivilr. Leipz. 1823.

[illegible], prakt. theor. Abhandlungen aus dem Gebiete des röm. Privatr. [illegible]

[illegible], prakt. Ausf. aus allen Theilen der Rechtsw. Hannov. 1825 [illegible]

Francke, ziv. Abh. Gött. 1826.

[illegible], Beiträge zur Erläut. einzelner Rechtsmat. Gött. 1828.

[illegible] Schröter, observationes jur. civil. Jen. 1823.

Heise und Cropp, jurist. Abh. 2 Bde. Hamb. 1827—30.

Guyet, Abhandl. aus dem Gebiet des Civilr. Heidelb. 1829.

v. Langenn und Kori, Erörterungen praktischer Rechtsfragen aus dem [illegible] und sächsischen Zivilr. und Zivilpr. 3 Th. Dresden und Leipzig 1829—32. [illegible] Aufl. 1836—37).

[illegible]eiske, skept. praktische Behandlung einiger zivilrechtlichen Gegenstände. [illegible] 1829.

Funke, Beiträge zur Erörterung prakt. Rechtsmaterien. Chemn. 1830.

Huschke, Studien des röm. Rechts. Bd. I. Bresl. 1830.

Kritz, Darstellung prakt. Materien des röm. Rechts. Bd. I. Dresden u. [illegible] 1831.

Weiske, quaest. jur. civil. in usum fori compar. Zwiccav. 1831.

H. K. Hoffmann, Versuche in Bearbeitung des röm. Rechts. 2 Hefte. Darmst. 1830—31.

v. Buchholtz, Vers. über einzelne Theile der Theorie des heut. röm. Rechts. Königsb. 1831.

Dess. jurist. Abh. aus dem Gebiet des heut. röm. Rechts. Königsb. 1833.

Büchel, zivilrechtl. Erörter. 2 Bde. Marb. 1832—39; 2. Auflage des 1. Bds. Marb. 1847.

Müller, ziv. Abh. Bd. I. Gieß. 1833.

Röder, Abh. über prakt. Fragen des Zivilr. Gieß. 1833.

W. Sell, Versuche im Gebiet des Zivilr. 2 Thle. Gießen 1833—1834. (der 2te Theil auch unter dem besondern Titel: die Lehre von den unmöglichen Bedingungen).

Fuhr und Hoffmann, zivil. Vers. Heft I. Darmst. 1835.

Seuffert, gesammelte rechtswiss. Abh. Erl. 1837.

Arndts Beiträge zu verschiedenen Lehren des Zivilrechts und Zivilproz. Bonn 1837.

v. Madai, Beiträge zur Dogmengeschichte des gemeinen Zivilrechts Riga. und Leipz. 1839.

v. d. Pfordten, Abh. aus dem Pandektenrechte. Erl. 1840.

W. Wolff, Abhandl. aus dem bürgerl. Rechte. 2 Hefte. 1840—43.

H. Sintenis, capita selecta ex jure civili. Gies. 1840.

Einert, Erörterungen einzelner Materien des Zivilrechts. Dresden und Leipzig 1840.

Heyer, Abh. aus versch. Theilen der Rechtsw. Gieß. 1841.

Schmidt, (v. Ilmenau), zivilist. Abhandl. Jena 1841.

Ihering, Abh. aus dem röm. Rechte. Leipz. 1844.

Wächter, Erört. aus dem röm., deutsch. und würtembergischen Privatr., bis jetzt 3 Hefte. Stuttg. 1845—1846.

Lenz, Studien und Kritiken im Gebiete des preuß., röm. und deutschen Rechts. Greifsw. 1847.

Ortloff, Heimbach, Schüler und Guyet, jurist. Abh. u. Rechtsfälle. Bd. I. Jena 1847, Bd. II. 1857.

Bachofen, ausgewählte Lehren des röm. Zivilr. Bonn 1848.

Dernburg, Abh. aus dem Gebiete des gem. und französ. Zivil- und Prozeßrechts. Frankf. 1849.

Holtius, Abhh. zivil- und handelsrechtl. Inhalts, übers. von Sutro. Utr. 1852.

Scheurl, Beitr. zur Bearbeitung des röm. Rechts. Bd. I. Erl. 1852 fgg. Bd. II. H. 1. 1854.

Brinz, kritische Blätter zivil. Inh. 4 Hefte. Erl. 1852—53.

Demelius, Untersuchungen aus dem röm. Zivilr. Bd. I. Weim. 1856.

Schaaff, Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. H. 1. Heidelb. 1857. H. 2. 1860.

3) Vermischte Abhandlungen verschiedener Verfasser:

Tractatus univers. jur. („tractatus tractatuum") Venet. 1584 XXIII tom. fol.

Ottonis thesaur. jur. Roman. tom. I—IV. Lugd. Bat. 1725—29. fol. dann tom. I—V. Traj. 1733—35. Bas. 1741—45.

Heineccii jurispr. Rom. et Att. tom. I—III. Lugd. Bat. 1738—41. fol.

Meermanni nov. thes. jur. civ. et canon. tom. I—VII. Hag. com. 1751—53. f.; supplem. edid. J. L. B. de Meermann. Hag. 1780.

Fellenberg, jurispr. antiqua continens opuscula et dissertationes. 2 tom. Bern. 1760—61. 4.

Oelrichs thesaur. dissert. juridicar. select. in acad. Belg. habitar. 2 voll. in 6 tom. Lips. 1769—70.

Ejusd. nov. thesaur. dissert. 3 voll. in 6 tom. Brem. 1771—82.

Collectio dissertationum historico-antiquario-juridicarum in acad. Germ. habitarum. Brem. 1785. 4.

Hagemann und Günther, Archiv für theor. und prakt. Rechtsgel. 6 Bde. Braunschw. 1788—92.

Hugo, zivil. Magaz. 6 Bde. Berl. 1791—1837.

Magazin für die Philosophie und Gesch. des Rechts und der Gesetzgebung, angelegt und herausgegeben von v. Grolmann. 2 Bde. Gieß. 1800—1807, dann unter dem Titel: Magazin für Rechtsw. und Gesetzgeb., herausgegeben von v. Grolmann und v. Löhr. Bd. III. und IV. Heft 1—3. Gießen 1820—25. H. 4. 1844.

Zeitschrift für geschichtliche Rechtsw., herausgegeben von v. Savigny, Eichhorn und Göschen (statt des Letztern seit d. 8. Bde. Klenze und seit d. 10. Bde. Rudorff; Berl. 1815—1850, 15 Bde.

Archiv für die ziv. Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermaier und Schweitzer. Vom 5. Bande an von v. Löhr, Mittermaier und

Thibaut, und vom 14. Bande an von Linde, v. Löhr, Mittermaier, Mühlenbruch, Thibaut und Wächter, denen vom 16. Bde. an Francke, vom 24. Bde. an v. Vangerow, und vom 43. Bde. an Renaud beigetreten ist; bis jetzt 45 Bde.

Thémis ou biblioth. du jurisconsulte etc. Par. 1819—31. 10 tom.

Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, herausgegeben v. Linde, Marezoll und v. Wening-Ingenheim (seit dem 5. Bde. statt des letztern v. Schröter) Gieß. 1828—44, 20 Bde. Ders. Zeitschrift, neue Folge, bis jetzt 19 Bde.

Rhein. Museum für Jurisprudenz, Philologie, Geschichte und griechische Philosophie, herausgegeben von Hasse, Böckh, Niebuhr und Brandis. Erster Jahrgang. Bonn 1827. Vom zweiten Jahrgang an erschien die juristische Abtheil. getrennt unter dem Titel: Rhein. Mus. für Jurispr., herausgeg. v. Blume, Hasse, Puchta, Puggé; vom 4. Bd. 2. Heft an von Blume, Boecking, Hollweg, Puchta, Puggé und Unterholzner (vom 5. Bd. auch mit dem besonderen Titel: neues Rh. Mus. für Jurispr.) Bonn 1827—35. 7 Bde.

Themis, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft, herausgegeben von Elvers. 2 Bde. Gött. 1827—29. Ders. Zeitschrift, neue Folge, Bd. I. Gött. 1838—1841.

Zeitschrift für Zivil- und Kriminalrecht, herausgegeben v. Roßhirt; seit Bd. I. H. 3. von Roßhirt u. Warnkönig, seit Bd. III. wieder von Roßhirt allein; bis jetzt 5 Bde.

Jahrbücher für histor. und dogmat. Bearb. d. röm. Rechts, herausgegeben von K. und W. Sell. Braunschw. 1841—44. 3 Bde.

Archiv für praktische Rechtswissenschaft, aus dem Gebiete des Zivilrechts, Zivilproz. und des Kriminalr., herausg. von Schäffer, Seitz u. Hoffmann. Bd. I. Regensb. 1852. Bd. II. u. fgg. Marb. 1854 fgg., bis jetzt 9 Bde.

Revue historique de droit Français et etranger; publiée sous la direction de *Laboulaye, Rozière, Dareste* et *Ginoulhiac*. Par. 1855 suiv. bis jetzt 8 Bde.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. und deutschen Privatrechts, herausgegeben von Gerber und Ihering. Jena 1857 fgg., bis jetzt 5 Bde.

Jahrbuch des gemein. deutschen Rechtes, herausgegeben von Bekker und Muther. Leipz. 1857 fgg. bis jetzt 5 Bde.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausgegeben von Rudorff, Bruns, Roth, Merkel und Böhlau. Bd. I. Weimar 1852.

Archiv für rechtswissenschaftliche Abhandlungen, herausg. von Schering. Berl. 1861 fgg., bis jetzt 2 Bde.

Wenigstens theilweise gehört auch hierher:

Zeitschrift für d. gesammte Handelsrecht, herausgegeben von Goldschmidt. Erl. 1858 fgg., bis jetzt 5 Bände.

Hierher gehört auch gewisser Maßen das Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten, redigirt von Weiske, Leipzig 1839—1861. 15 Bände und 1 Registerband.

4) Sammlungen von Rechtsfällen, Rechtssprüchen, Gutachten und kürzeren praktischen Erörterungen. §. 10a.

Anm. Unter den außerordentlich zahlreichen Schriften dieser Art sind folgende hervorzuheben:

Mynsinger, consilior. decades VI. 1576. *Ejusd.* singulares observ. cameral. 1576.

Gaill, pract. observationum libri II. 1580. Genev. 1740.

A. Faber, codex definitionum forens. et rer. in Sabaud. senatu tract. („codex Fabrianus") 1606. ed. nov. Genev. 1740.

Vultejus, consilia s. responsa facult. jurid. in acad. Marp. IV. voll. 1611 sqq.

Berlich, conclusiones practicabiles. Lips. 1618 und öfter IV. partes. *Ejusd.* decisiones. Lips. 1625. pars. II et III. Jen. 1660, zusammen unter dem Titel: decisiones aureae in tres partes divisae. Francf. 1685.

Carpzov, jurispr. forensis Francf. 1638, c. Mylii Lips. 1721. *Ejusd.* responsor. libri VI. Lips. 1642. — *Ejusd.* decision. saxon. p. I—III. Lips. 1646 sqq. 1729.

Mevius, decisiones Wismar. tribunalis Strals. 1664, c. Hoepfneri Francf. 1791.

Harpprecht, consilia juridica Tubingensia. VII voll. Tub. 1695 sqq.

de Lynker, consilia s. responsa. Jen. 1704 sqq. II voll.

J. B. a Wernher, selectae observationes forenses. Viteb. 1710 sqq. Jen. et Lips. 1756.

de Berger, responsa Lips 1708. *Ejusd.* consilia Lips. 1731.

J. H. Böhmer, consultat. et decisiones. Hal. 1733 sqq. III voll.

Fr. Es. a Pufendorf, observationes juris universi. Cell. 1744 sqq. IV voll. — *Ejusd.* animadversiones juris. Hannov. 1783.

Strube, rechtliche Bedenken. Hannover 1761 fgg. 5 Bde., systematisch geordnet und mit Anmerkungen begleitet von Spangenberg. Hannov. 1827 fg. 3 Bände.

Hommel, rhapsodia quaestionum in foro obvenientium. Lips. 1765 sqq. VII voll.

Pütter, auserlesene Rechtsfälle. Gött. 1763 fgg. 4 Bde. Fol.

Collectio notabilior. decis. supr. trib. app. Hass. Cass. 1768—1821, XVII voll. 4.

Becker, Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle. Eisenach 1774 fg. 5 Be.

(Gmelin und Elsässer) gemeinnützige Beobachtungen und Rechtsfälle. Frankf. 1777 fgg. 5 Bde.

Becmannorum fratrum consilia et decisiones. Gött. 1784. II Part.

Westphal, öffentl. und Privatrechts-Gutachten und ausgesuchte Rechtserkenntnisse des bürgerl. Rechts. Leipz. 1792. 2 Bde.

Quistorp, rechtl. Bemerkungen. Leipz. 1793—98. 2 Bde.

Kind, quaestiones forenses. Lips. 1792 sqq. 4 voll.

Klein, merkw. Rechtssprüche der Hall. Juristen-Fak. Berlin 1796 fgg. 5 Bände.

v Bülow u. Hagemann, prakt. Erörtrungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. Hannov. 1798 fgg. 7 Bde.; 8. und 9. Bd. von Spangenberg, auch unter dem Titel: prakt. Erörtr. u. s. w. von Spangenberg. Bd. 1 und 2. 1829—31.

Albrecht, Entscheidungen merkwürdiger Rechtsf. Hannover 1799—1802. 3 Bde.

G. L. Böhmer, auserlesene Rechtsfälle. Gött. 1799—1801. 3 Bde.

v. Berg, juristische Beobachtungen und Rechtsfälle. Hannov. 1802—10. 4 Bände.

Martin, Rechtsgutachten und Entscheid. des Spruchkoll. der Universität Heidelberg, erster (u. einziger) Band. Heidelb. 1808.

Gottschalk, select. discept. for. capita. Dresd. 1816 sqq. 2da edit. 1826 sqq. III voll.

Dalwigk, prakt. Erörtr. auserles. Rechtsfälle. Hannov. 1823.

v. d. Nahmer, Samml. der merkw. Entscheid. des Nassauischen O.A.G. Frankf. 1824—25. 2 Bde.

Walbeck, Kontroversen-Entscheid. des gemeinschaftl. O. A. G. des Herz. Braunschweigs. 1827.

Kritz, Sammlung von Rechtsfällen und Entscheid. ders. Leipzig 1833 fgg. bis jetzt 5 Bde.

Richter, Auff. über versch. Rechtsfragen, gezogen aus Zivilrechtssprüchen der höheren Gerichtsstellen im Königreich Würtemberg. Tüb. 1834.

Elvers, prakt. Arbeiten. Rost. 1836.

v. Hartitzsch, Entscheid. prakt. Rechtsfragen mit Rücksicht auf Erkenntn. von Oberbehörden. Leipz. 1840.

Schwarze und Heyne, Unters. prakt. wichtiger Materien. Dresd. 1841.

Wilhelm v. Pufendorf, Observationen über Gegenst. des Zivil- und Proz.-Rechts. Celle 1841.

Schaffrath, prakt. Abh. u. s. w. mit Entscheidung höherer Behörden. Bautzen 1841.

Höpfner, Beiträge zur zivilgerichtlichen Prax. Leipz. 1841 fgg. bis jetzt 2 Bände.

Flach, Entscheid. des Herz. Nass. Oberappell. Gericht zu Wiesbaden. Gieß. 1842—53. 3 Bände.

Tafel, auserlesene Zivilrechtsaussprüche der höheren Gerichtsstellen in Württemb. Oehringen 1841—42. 2 Hefte.

Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheid. des Ob. App. Ger. zu Kassel. 1842—52. 8 Bde.

Hellfeld, interessante zivilrechtl. Entscheidungen der höchsten deutschen und andrer Spruchbehörden. Weim. 1843.

Habicht, rechtl. Erörtr. und Entscheid. gemeinr. Kontrov., entnommen aus den richterl. Arbeiten. Bd. I. Zerbst 1843.

Arnold, prakt. Erörtr. aus d. Rechtsgeb. Erl. 1844—53. 3 Hft. in 1 Bd.

Gett, prakt. Erörtr. aus dem gesammten Gebiete der Rechtsw. Erl. 1845.

Arends, Sammlung interessanter Erkenntnisse aus dem gem. und bayr. Zivilrechte und Proz. Nördl. 1845 fgg.

Rechtssprüche u. Gutachten der Juristen-Fakultät zu Rostock. Berl. 1846.

Hufnagel, Mittheilungen aus der Praxis der würtemberg. Zivilgerichte. Tüb. 1846. Neue Folge. Tüb. 1848.

Seuffert, Archiv für Entscheid. der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München 1847 fgg., bisher 14 Bde.

Römer, Sammlung der Entscheidungen des O.A.G. zu Lübeck in Frankf. Rechtssachen. Frankf. 1854 fgg.

Anm. 2. Zusammenstellungen von Rechtsfällen zum Zweck des Unterrichts (meist ohne Entscheidungen) sind:

Wolff, Rechtsfälle zum Gebrauch bei praktischen Vorles. Gött. 1842.

Jhering, Zivilrechtsfälle ohne Entscheidungen, zu akademischen Zwecken. Leipzig 1847.

Girtanner, Rechtsfälle zu Puchta's Pandekten, für den akademischen Gebrauch. Jena 1852. 2. Aufl. 1855. (welcher auch als Anhang beigefügt ist ein schätzbares „Repertorium der deutschen zivilist. Praxis".)

Sarwey, Zivilpraktikum oder Anleitung zur Entscheidung von Zivilrechts-Streitsachen in Uebungsfällen. Stuttg. 1856.

Sämmtliche im Korpus juris vorkommenden Rechtsfälle sind zusammengestellt von Eckert Pandekten-Praktikum oder Chrestomathie aller in besondren Beispielen und Rechtsfällen des corp. jur. civ. aufgestellten und entschiedenen Rechtsfragen. Heidelb. 1853.

5) Schriften über das jus controversum. §. 10b.

Anm. Schon die Kontroversen unter den Glossatoren wurden von gleichzeitigen Schriftstellern zum Gegenstande besondrer Darstellungen gemacht, und die auf uns gekommenen Schriften dieser Art sind jetzt vollständig herausgegeben von G. Hänel, dissensiones dominorum s. controversiae veter. jur. Rom. interpretum, qui glossatores vocantur. Lips. 1834. — Später bildete sich eine reiche Literatur über das jus controversum, worunter etwa folgende Schriften besonders hervorzuheben sind:

Vasquii illustr. controvers. libri VI. Francf. 1572 u. ö. — *Ejusdem* controversiar. usu frequentium libri III. Francf. 1599.

Vallae de reb. dub. et quaestionib. controvers. tract. XX. Francf. 1577 u. ö.

Fachinei controversiar. jur. libri XIII. Ingost. 1595 sqq. u. ö.

Jo. del Castillo Sotomaior controvers. jur. quotid. libri IV. Compl. 1603 u. ö. Dazu *Nic. Antonii* repertor. rer. notabilium in controvers. Jo. del Castillo Sotomaior. Lugd. 1686.

de Passeribus conciliatio cunctar. legum. Colon. 1618.

Merendae controversiae juris. Francf. 1626 u. ö. IV voll.

Struvii evolutiones controversiarum. Jen. 1669 u. ö.

de Berger resolutiones legum obstantium. Viteb. 1692 u. ö.

Sam. de Cocceji jus civile controversum. Francf. 1710. 2 voll. u. ö. Edit. nov. — — perpetuis notis illustravit *Emminghaus*. Lips. 1791—99. 2 voll. (geht nur bis lib. XIX. tit. 5).

Walch, introductio in controversias jur. civ. Jen. 1771 u. ö.

Matthiä, Kontrov.-Lexikon des röm. Zivilr. Leipz. 1856—59. 2 Bde. in 4.

6) Kritische Zeitschriften für Rechtswissenschaft. §. 10c.

Anm. Hier sind zu erwähnen:

Allgemeine juristische Bibliothek. Tüb. 1796—98. 4 Bde.

Krit. Archiv der neuesten jurist. Literatur und Rechtspflege, herausg. von Danz [später Gönner], Gmelin und Tafinger. Tüb. 1801—10. 6 Bde.

Krit. Zeitschrift für Rechtsg., herausgeg. von Mohl, Rogge, Scheurlen, Schrader, K. G. Wächter und K. Wächter. Tüb. 1826—29. 6 Bde.

Jahrbücher der gesammten deutschen jurist. Literatur, herausgegeben von Schunck. Erl. 1826—36. 27 Bde.

Krit. Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft, herausgeg. von Richter. Leipz. 1837—48. 24 Bde.

Krit. Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, herausgegeben von Brinckmann, Dernburg, Kleinschrod, Marquardsen u. Pagenstecher. Heidelb. 1853—59. 5 Bde.

Krit. Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtsw., herausgegeben von Arndts, Bluntschli und Pözl. München 1853—59. 6 Bde.

Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgeg. von Schletter. Erl. 1855 fgg., bis jetzt 8 Bde. in 4.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissensch., herausg. von Pözl. München 1859 fgg., bis jetzt 3 Bde.

Erstes Buch.

Allgemeine Lehren.

3*

Erstes Kapitel.

Von den Quellen des Rechts oder dem Rechte im objektiven Sinne.

Savigny, Syst. I. Kap. 2. 3. — Günther, Betrachtungen über das Gesetz im Staate. Leipz. 1842. (auch in Weiske's Rechtslex. IV. S. 694 fgg.).

I. Vom jus naturale, gentium und civile. §. 11.

Inst. I. 2. de jure naturali, gentium et civili. — Dirksen im Rhein. Mus. I. 1. (auch in dessen verm. Schriften I. 9.); Puchta, Gewohnheitsr. I. Kap. 3, Savigny, Syst. I. S. 109 fgg. S. 413 fgg., Voigt, das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer, bis jetzt Bd. I. II. und Bd. IV. Abth. 2. (Beilagen zu Bd. II.), Leipz. 1856—58.

II. Von der Verschiedenheit der Rechtsquellen nach ihrer Entstehung.

A. Vom jus scriptum.

1) Ueberhaupt. §. 12.

Dig. I. 3. de legibus, senatusque consultis [et longa consuet.]; I. 4. de constitutionibus principum.

§. 3. I. de jure natur. (1, 2): Constat autem jus nostrum

aut ex scripto, aut ex non scripto, ut apud Graecos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum jus est: lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium. — Savigny, Syst. I. S. 106 fgg., Dirksen, verm. Schriften I. S. 99 fgg.

Anm. Die verschiedenen Arten des **jus scriptum**, welche im früheren Rom vorkamen, die **leges, plebiscita, senatusconsulta** u. s. w. mußten bei veränderter Verfassung von selbst hinwegfallen, und h. z. T. gibt es nur noch eine Art, nämlich das auf verfassungsmäßige Weise entstandene und publizirte Gesetz.

1). **Vor allen Dingen wird erfordert, daß das Gesetz auch wirklich von** der, durch die Verfassung des einzelnen Staates bestimmten gesetzgebenden Gewalt ausgegangeu sein müsse. In s. g. konstitutionellen Monarchieen wird dazu regelmäßig die Einwilligung der Volksvertreter verlangt, und der Regierung allein nur das Recht gegeben, Verfügungen über die Vollziehung der Gesetze zu erlassen (s. g. Verordnungen oder Ordonnanzen), und hierbei ist denn in neuerer Zeit die wichtige Streitfrage entstanden, ob die Gerichte befugt seien, die Giltigkeit der von dem Monarchen ohne Mitwirkung der Volksvertreter erlassenen Verfügungen einer Prüfung zu unterwerfen? Viele behaupten hier, daß eine Verfügung, sobald sie in der Form Rechtens publizirt sei, von allen Unterthanen und auch von dem Richter beobachtet werden müßte, denn die etwa erforderliche Zustimmung der Landstände gehöre nur zur Form der Entstehung der Gesetze, betreffe aber nicht die Verbindungskraft derselben, und wenn etwa hierbei Rechte der Landstände verletzt worden seien, so könne nur diesen das Recht zugestanden werden, die Zurücknahme einer so erlassenen Verfügung und Wiederherstellung der etwa dadurch verletzten Privatinteressen zu urgiren, vgl. Schweitzer in Martin's Jahrb. der Gesetzg. in Sachsen. Jahrg. III. H. 3. S. 297 fgg., die ungenannten Verfasser der: Beiträge zum konstit. deutschen Staatsr. Darmstadt 1833. Heft 2, Linde im ziv. Arch. XVI. S. 305 fgg., Stahl, Philos. des Rechts (3. Aufl.) II. S. 670 fgg., Zöpfl, Staatsr. (4. Aufl.) II. §. 451, Schlayer in Gieß. Zeitschr. N. F. X. S. 244 fgg., Bischof ebendas. XVI. 8, XVII. 5, XVIII. 11. 16. 19, Röllner ebendas. XIX. 4, u. A. m. Andere aber, und gewiß mit mehr Recht, gehen davon aus, daß eine Verfügung überhaupt nur dann als giltige Norm gelten könne, wenn dabei die verfassungsmäßigen Vorschriften beobachtet seien. Da nun der Richter blos zur Anwendung von wirklich giltigen Normen verpflichtet ist, so stellt sich daraus nicht blos das Recht, sondern die Verpflichtung des Richters heraus, Verfügungen, die nicht auf verfassungsmäßige Weise zu Stande gekommen sind, unberücksichtigt zu lassen, vgl. auch Jordan im ziv. Arch. VIII. S. 214, Martin's Jahrb. a. a. O. S. 264 fgg., S. 268 fgg., Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. III. S. 279 fgg., K. S. Zachariä im ziv. Arch. XVI. S. 145 fgg., Wächter, Handb. des Würtemb. Privatr. Bd. II. §. 7, Puchta, Vorles. I. §. 15, Seuffert, Pand. §. 4., Keller, Pand. S. 5 fg., H. A. Zachariä, Staats- und Bundesr. §. 175, Bluntschli,

allgem. Staatsr. I. S. 488 fg., Renaud, Nöllner's Kritik des Heidelb. Rechtsgutachtens. Heidelb. 1861, u. A. m.

2) Die Publikation ist die öffentliche Bekanntmachung des Gesetzes, und durch sie allein erhält dasselbe für die Unterthanen verbindende Kraft. Bestritten aber ist, ob diese Publikation von demjenigen, der ein Gesetz für sich anführt, im Läugnungsfall bewiesen werden müsse? Viele behaupten dies, weil dieselbe ein Faktum sei, und also wie andre Fakta auch bewiesen werden müsse, vgl. z. B. Thibaut, Syst. §. 25. und die dort Angeff., Wening, Lehrb. §. 8. Not. nn. Es ist dies aber gewiß unrichtig, da es die unbedingte Verpflichtung eines Richters ist, die Gesetze seines Landes zu kennen. Da nun ohne Publikation der Begriff eines Gesetzes gar nicht vorhanden ist, so versteht es sich, daß der Richter ex officio von der geschehenen Publikation sich Kenntniß verschaffen muß, und dieselbe also niemals zum Gegenstand einer Beweisauflage machen kann, c. 44. X. de appell. (2, 28): „quum frequenter juris quaestio moveatur, *cujus apud nos probationes necessariae non existunt* — —". Weber, über die Verbindl. zur Beweisführ. II. §. 3. (in der Ausg. von Heffter. Halle 1832. S. 14 fgg.), Schweppe, Handb. I. §. 21.

2) Von Reskripten, Dekreten, Mandaten insbesondere.

§. 13.

Cod. I. 15. de mandatis principum; I. 19. de precibus imperatori offerendis, et de quibus rebus supplicare liceat vel non; I. 21. ut lite pendente vel post provocationem aut definitivam sententiam nulli liceat imperatori supplicare; I. 22. si contra jus vel utilitatem publicam vel per mendacium fuerit aliquid postulatum vel impetratum; I. 23. de diversis rescriptis et pragmaticis sanctionibus. — Guyet, Abhandl. Nr. 4, Savigny, Syst. I. §. 23. 24, Puchta, Kursus der Institut. I. §. 109—13.

B. Vom jus non scriptum.

1) Gewohnheitsrecht.

Dig. I. 3. de [legibus senatusque consultis et] longa consuetudine, Cod. VIII. 53. quae sit longa consuetudo. — Glück, Komm. I. S. 427 fgg.; (Hübner), Berichtig. und Zusätze zu den Institut. Leipz. 1801. S. 151 fgg., Schöman, Handb. I. Nr. 2, Volkmar, Beiträge zur Theorie des Gewohnheitsr. Braunschw. 1806, Hugo im ziv. Mag. IV. S. 89 fgg., Klötzer, Vers. eines

Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsr. Jen. 1813, Gesterding im ziv. Arch. III. S. 259 fgg., Schmidt, Vers. einer Theorie des Gewohnheitsr. Leipz. 1815, Puchta, das Gewohnheitsr. Th. I. Erl. 1828, Th. II. 1837, Savigny, Syst. I. §. 12. 18. 25. 28—30, Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 3, Brinckmann, das Gewohnheitsr. im gem. Zivilr. und Zivilproz. Heidelb. 1847. Zum Theil gehört hierher auch Beseler, Volksr. und Juristenrecht. Leipz. 1843, namentl. Kap. 2, womit zu vergleichen ist Puchta's Kritik v. Beseler's Volksr. und Juristenr. Berlin 1844. (bes. abgedruckt aus den Berl. Jahrb. für wissenschaftl. Kritik), wogegen dann wieder Beseler, Volksr. und Juristenr.; erster Nachtrag: G. Fr. Puchta. Leipz. 1844. Vgl. auch Meier, die Rechtbildung in Staat und Kirche. Berl. 1861, namentlich Th. I. S. 1—94.

a) Begriff und Rechtsgrund des G. R. §. 14.

Puchta a. a. O. Buch II. und Buch III. Kap. 1; Savigny a. a. O. §. 12; R. Schmid, Theorie und Methodik des bürgerl. Rechts. Jena 1848. S. 167 fgg., bes. S. 212 fgg.

Hermogenian. I. 35. h. t.: Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea, quae scripta sunt jura, servantur.

Anm. Während man früher ganz allgemein unter Gewohnheitsrecht ein durch Gewohnheit, also durch längere Uebung erzeugtes Recht verstand, und man also in der Gewöhnung die eigentliche Quelle des Gewohnheitsrechts sah: so darf h. z. T. diese Ansicht als überwunden angesehen werden, seitdem, insbesondre durch den wohlthätigen Einfluß der historischen Schule, richtigere Ansichten über die Entstehung des Rechts überhaupt zu allgemeinerer Geltung gelangt sind, und zwar sind hier vor Allen die Untersuchungen von Puchta und Savigny von entscheidendem Einfluß gewesen. Zur schärferen Feststellung des Verhältnisses der Gewohnheit zum Gewohnheitsrechte mögen die folgenden Andeutungen dienen.

1) Wenn wir eine normale Rechtsbildung voraussetzen, so kann der wahre Grund des Gewohnheitsrechts nur in dem nationellen Rechtsbewußtsein gefunden werden. Ist in diesem ein gewisser Rechtssatz begründet, so strebt derselbe sich zu entfalten und zur Anwendung zu kommen, und so wird denn also durch den im Volkbewußtsein begründeten und also allerdings schon vorhandenen Rechtssatz die Gewohnheit hervorgerufen, nicht aber umgekehrt, wie es die frühere herrschende

Lehre annahm, durch die Gewohnheit der Rechtssatz erzeugt, und die Gewohnheit ist also nicht sowohl der Entstehungsgrund des Gewohnheitsrechts, als vielmehr nur die äußere Erscheinung und die Erkenntnißquelle desselben. Daß nach dieser Auffassungsweise, deren Wahrheit schwerlich noch verkannt werden dürfte (vgl. jedoch auch Schmid a. a. O. S. 214 fgg.), dem Gewohnheitsrechte eine viel würdigere Stellung gebührt, als nach der früher herrschenden Lehre, bedarf keiner besondren Ausführung.

2) Doch aber läßt sich auch der herrschenden Lehre eine wahre Seite abgewinnen. Der Rechtssatz an sich ist allerdings schon vor der Gewohnheit da, und erzeugt die letztre; aber die praktische Geltung dieses Rechtssatzes wird nur erst durch die Uebung desselben herbeigeführt. Diese ist gleichsam das, was bei dem jus scriptum die Publikation ist, und in derselben Weise, wie man sagen kann, daß ein Gesetz durch Publikation entstehe, so kann man auch sagen, das Gewohnheitsrecht entstehe durch die Gewohnheit. So darf man denn auch den römischen Juristen keinen Vorwurf machen, wenn sie von jus moribus *constitutum* oder *introductum* reden, und man darf aus solchen oder ähnlichen Ausdrucken nicht schließen, daß ihnen das wahre Sachverhältniß verborgen geblieben sei.

3) Endlich darf auch nicht verkannt werden, daß es allerdings Fälle geben kann, in denen wirklich der Rechtssatz durch die Gewöhnung, durch die consuetudo erst hervorgerufen, und nicht blos zur äußern Erscheinung gebracht wird, und namentlich wird dies leicht da der Fall sein, wo der Inhalt des Rechtssatzes an sich gleichgültig (z. B. Fristbestimmungen, Formen u. dgl.), aber doch einer Fixirung bedürftig ist, vergl. auch Kierulff, Zivilr. S. 6 fgg., Mühlenbruch, Lehrb. I. §. 38. Not. 3, Savigny, Syst. I. S. 35 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 21 fgg. Wenn jetzt Beseler, Syst. des gem. deutschen Privatr. I. §. 33. in solchen Fällen, in denen durch die Gewöhnung der Rechtssatz selbst entsteht, den besondren Namen Herkommen vorschlägt, so dürfte eine solche Unterscheidung zwischen Gewohnheitsrecht und Herkommen sich doch zu sehr von dem bisherigen Sprachgebrauch entfernen. (Derselbe Vorwurf trifft auch die neuerlich von Schmid a. a. O. S. 195 fgg. vorgeschlagene Unterscheidung zwischen Gewohnheitsrecht und Herkommen, wornach das letztre nur solche Bestimmungen umfasse, die in das Bereich des gewillkürten Rechts fallen, und daher auch nur als Auslegungsmittel Bedeutung habe).

b) Erfordernisse des Gewohnheitsrechts. §. 15.

Puchta Bd. II. S. 24 fgg., Savigny I. S. 171 fgg., Brinckmann S. 6 fgg., Sintenis I. S. 39 fgg., Keller, Pandekten. §. 3.

c) Wirkungen. §. 16.

Puchta II. S. 199 fgg., Savigny I. S. 149 fgg., S. 194 fgg., S. 420 fgg., Brinckmann S. 21 fgg.

1) *Julian.* l. 32. h. t.: De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodire oportet, quod moribus et consuetudine inductum est; et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est; si nec id quidem appareat, tunc jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet. (§. 1). Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

2) *Constantin.* l. 2. C. h. t.: Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, sed non usque adeo sui valitura momento, ut rationem vincat aut legem.

3) *Cels.* l. 39. h. t.: Quod non ratione introductum sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. (Vgl. *Smallenburg* in Schulting's notae ad Dig. ad h. l. tom. I. p. 107. 108. — Puchta a. a. O. I. S. 99 fgg., II. S. 62 fgg., Savigny I. S. 178, Sintenis I. S. 41. Not. 42).

Anm. Die Frage, ob durch Gewohnheit auch ein Gesetz aufgehoben werden könne, war von jeher streitig. In Text 1 wird dieselbe auf das Bestimmteste bejaht, während freilich im T. 2 eben so bestimmt die verneinende Antwort enthalten zu sein scheint. Nicht Wenige nehmen daher einen Vorzug des letztern Gesetzes an, indem Julian's ganze Argumentation auf republikanischen Ideen von Volksgesetzgebung beruhe, die zu Constantin's Zeit freilich keine Geltung mehr hätten haben können. Da aber Julian's Ausspruch in die Pandekten aufgenommen wurde, und zwar gewiß nicht aus Versehen, wie namentlich noch aus einer damit vorgenommenen Interpolation hervorgeht (suffagrio legislatoris!) und da überdies Justinian selbst noch mehrfach denselben Gedanken wiederholt, §. 11. J. de jure natur. (l. 2), lex Deo auctore §. 10. Nov. 89. cap. 15. verb.: quoniam et non utendo rel., so ist jene Annahme gewiß unhaltbar, und die Meisten suchen daher durch Interpretation beide Gesetze zu vereinigen. Nennenswerth sind hier folgende Versuche: 1) Manche, zum Theil verleitet durch eine übrigens ziemlich unverständliche Scholie zu den Basiliken (ad libr. II. tit. 1, fr. 51. bei Fabr. I. p. 38, bei Heimb. I. pag. 39.) unterscheiden zwischen desuetudo (l. 32. cit.) und consuetudo contraria (l. 2. cit.), vgl. z. B. *A. Faber*, Ration. ad l. 32. cit., Elvers, jurist. Zeit. 1828. Nr. 95. 96., Reinhardt, Ergänz. zu Glück I. S. 147 fgg. — 2) Donellus, comm. jur. civ.

lib. l. c. 10. gegen Ende will die l. 2. cit. so verstehen, daß darin nicht das Verhältniß einer konkreten Gewohnheit zu einem konkreten Gesetz bestimmt werde, sondern es sei da nur von der consuetudo und der lex in abstracto die Rede. Die consuetudo in genere soll nicht stärker sein, als die lex in genere. Damit vertrage es sich recht gut, daß eine lex populi Rom. durch eine consuetudo populi Rom. aufgehoben werden könne; aber nicht vereinbar mit dem Ausspruch Constantins sei es z. B. wenn eine consuetudo municipii einer lex pop. Rom. oder einer constitutio principis derogiren wollte, da auch eine lex municipii dies nicht vermöge, und darauf, daß eine lokale Gewohnheit nicht gegen ein allgemeines Landesgesetz aufkommen könne, lauft auch die Erklärung von Savigny I. S. 420 fgg. hinaus. — 3) Andere finden in l. 2. cit. nur den freilich nicht zu bezweifelnden Satz ausgesprochen, daß ein neues Gesetz eine bestehende Gewohnheit aufhebe, vgl. z. B. Glück, Komm. I. S. 517. und die da Angef. und im Wesentlichen auch Busch im ziv. Arch. XXVII. S. 197 fgg. — 4) Nach Thibaut, Syst. §. 17. vergl. mit Braun's Erörtr. S. 27 fgg. soll man unterscheiden, ob der Regent eine einzelne derogirende Gewohnheit billige, oder nicht. Da noch zu Justinians Zeit das Prinzip der Volkssouverainität angenommen worden sei, so verstehe es sich hiernach, daß durch derogirende Gewohnheit des ganzen Volks ein Gesetz habe aufgehoben werden können, und davon sei die l. 32 zu verstehen, während die l. 2. cit. nur von partikulären Gewohnheiten rede. — 5) Viele wollen die l. 32. cit. bloß von subsidiären, die l. 2. cit. aber von absolut ge- oder verbietenden Gesetzen verstehen, vgl. z. B. Mühlenbruch, Lehrb. §. 38. bei Not. 13. und §. 39. bei Not. 4, Fritz, Erläuterungen zu Wening I. S. 38. — 6) Auf eigenthümliche Weise legt Gesterding im ziv. Arch. III. N. 18. §. 9. die l. 2. cit. aus. Er legt nämlich folgenden Fall unter: wenn über zwei verschiedene Fälle, über den einen ein Gesetz, über den andern ein Gewohnheitsrecht existirt, und nun kommt ein dritter Fall vor, welcher durch keine ausdrückliche Norm entschieden ist, wo man aber möglicher Weise sowohl die Analogie des Gesetzes, als auch die des G. R. anwenden könnte, so soll das Gesetz vor der consuetudo den Vorzug haben. Dieser Ansicht ist neuerlich auch Jäger in der Gießer Zeitschr. IX. S. 430 fgg. beigetreten. — 7) Puchta I. S. 81 fgg., II. S. 199 fgg. (vgl. auch dessen Vorles. I. §. 14. und Beil. I.) geht davon aus, daß durch Gewohnheitsrecht allerdings Gesetze aufgehoben werden könnten, bei Erklärung der l. 2. cit. aber S. 116 fgg., II. S. 213 dringt er auf scharfe Unterscheidung zwischen Gewohnheitsrecht und consuetudo. Die letztere sei nur die äußere Erscheinung, der Erkenntnißgrund des Erstern, und könne auf Geltung nur dann Anspruch machen, wenn auch das innere Moment, die gemeinsame rechtliche Ueberzeugung, vorhanden sei; jeder Grund also, welcher die Möglichkeit dieser gemeinsamen rechtlichen Ueberzeugung ausschließe, benehme der consuetudo alle Kraft. Dies und nur dies sei der Sinn der l. 2. cit., die so zu paraphrasiren sei: „die fortwährende lange Anwendung hat allerdings keinen geringen Einfluß auf die Erkenntniß des Rechts, nur hat sie diesen Einfluß nicht an und für sich, sondern in Verbindung mit dem innern Moment, das ihr zu Grunde liegt und die Hauptsache ist. Es ist also nicht genug, daß eine lange Uebung eines Satzes vorhanden sei, sondern dieser Satz muß auch

eine gemeinsame Ueberzeugung, ein Rechtssatz, also namentlich die Existenz eines solchen in einem gegebenen Falle nicht juristisch oder gesetzlich unmöglich, nicht contra rationem juris aut legis oder contra rationem aut legem sein. Denn das äußere Moment ersetzt das innere nicht, hebt es nicht auf; „usus non vincit rationem aut legem“.

Keine dieser Auslegungen kann bei genauerer Betrachtung genügen. Alle Schwierigkeit aber hebt sich einfach, wenn man die l. 2. von einem Fall versteht, wo ein Gesetz von vorne herein eine künftig sich etwa dagegen bilden wollende Gewohnheit untersagt hat. Geht man nämlich von dem Satze aus, daß eine Gewohnheit ganz die Kraft eines Gesetzes habe, so könnte für einen solchen Fall leicht der Gedanke entstehen, daß, wenn sich nun trotz des entgegenstehenden Gesetzes eine Gewohnheit gebildet habe, diese doch auf Geltung Anspruch machen könne, denn wenn in einem Gesetze ein künftiges entgegenstehendes Gesetz verboten wird, so ist eine solche Klausel bekanntlich schlechthin unwirksam. Ein solcher Zweifel war nun dem Kaiser vorgelegt, und er schneidet denselben in der l. 2. cit. dahin ab, daß eine Gewohnheit zwar viele Kraft habe, aber doch nicht eine so große, daß sie auch dann gelten könne, wenn Vernunft oder Gesetz sie ausdrücklich verböten; eine Entscheidung, die auch vollkommen mit dem rechtlichen Fundament des G. R. in Uebereinstimmung ist. — Als Resultat stellt sich demgemäß der Satz heraus: eine Gewohnheit kann allerdings auch ein Gesetz aufheben, sei es auf dem Wege der desuetudo, oder der consuetudo legi contraria, was aber dann eine Ausnahme leidet, wenn in dem Gesetze eine Klausel enthalten ist, daß dagegen auch keine künftige Gewohnheit sich bilden dürfe. — Diesem Resultat widerstreiten auch nicht die Bestimmungen des kanon. Rechts. Als Hauptstelle wird gewöhnlich angeführt cap. ult. X. de consuet. (1, 4): Cum tanto graviora sint peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, nemo sanae mentis intelligit, naturali juri, cujus transgressio periculum salutis inducit, quacunque consuetudine, quae dicenda est verius in hac parte corruptela, posse aliquatenus derogari. Licet enim longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel juri positivo debeat praejudicium generare, nisi fuerit rationabilis et legitime sit praescripta. Ueber die verschiedenen, namentlich durch die letzten Worte hervorgerufenen Erklärungen s. Glück I. S. 466 fgg., Klötzer a. a. O. S. 115 fgg., Gesterding a. a. O. S. 280 fgg., Jäger a. a. O. S. 435. 36, Puchta II. S. 97 fgg., S. 279 fgg., Savigny I. S. 427 fgg., Phillips, Kirchenr. III. S. 741 fgg., Schulte, kath. Kirchenr. I. §. 38, Meier, Rechtsbild. S. 217 fgg.

d) Beweis des G. R. §. 17.

Puchta I. S. 104 fgg., II. S. 151 fgg., Savigny I. S. 181 fgg., Langenbeck im ziv. Arch. XL. S. 358 fgg., Ders., die Beweisführung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. Abth. I. Leipz. 1858. S. 47 fgg.

Anm. Während die früherhin ganz allgemein herrschende, und auch h. z. T. noch regelmäßig angenommene Meinung dahin geht, daß die Gewohnheit ganz wie andre Fakta, im Läugnungsfall von demjenigen bewiesen werden müsse, welcher sich darauf berufe, ist in neuerer Zeit namentlich von Lange, Begründungslehre des Rechts §. 16 und Puchta a. a. O. die direkt entgegengesetzte Ansicht aufgestellt worden, ein Gewohnheitsrecht könne niemals Gegenstand einer eigentlichen Beweisauflage werden, eben so wenig, wie ein promulgirtes Gesetz, sondern wenn sich eine Parthei auf Gewohnheitsrecht berufe, so habe der Richter ex officio deren Existenz zu erkunden, vgl. l. 3. §. 6. de testib. (22, 5), wo es in Betreff der evocatio testium heißt: diligentiae judicantis est explorare, quae consuetudo in ea provincia, in qua judicet, fuerit; l. 1. C. h. t.: ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provinciae, s. auch pr. J. de off. jud. (4, 17) Nov. 106. Die Wahrheit scheint in der Mitte zu liegen, vgl. auch Kierulff, Theorie I. S. 14 fgg., Savigny I. S. 149. S. 181 fgg., Brinckmann a. a. O. S. 27 fgg., Beseler, Volksr. S. 109 fgg., Syst. des gem. deutsch. Privatr. I. §. 31. Der Richter soll sich allerdings ex officio bemühen, das G. R. seines Landes und seines Distrikts in Erfahrung zu bringen, und kennt er wirklich ein solches, so hat er dasselbe von Amtswegen in Anwendung zu bringen, wenn auch der Gegner die Existenz desselben in Abrede stellen sollte. Dadurch unterscheidet sich dann auch wesentlich die Gewohnheit von andern relevanten Fakta. Ist aber dem Richter eine Gewohnheit, worauf sich eine Parthei beruft, unbekannt, so ist es völlig in der Ordnung, dieselbe zum Gegenstand einer wahren Beweisauflage zu machen, vgl. auch Mühlenbruch, Lehrb. §. 39, Fritz, Erläutr. zu Wening I. S. 40 fgg. und in der von ihm besorgten Ausg. des Wening'schen Lehrb. §. 15 gegen E., Wächter, Handb. des Würtemb. Privat. II. S. 39 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 44 fgg., Langenbeck a. d. aa. OO. Kommt es aber hiernach zu einer Beweisauflage, so versteht es sich, daß in der Regel nicht unmittelbar die Existenz des Gewohnheitsrechts, sondern nur die äußere Erscheinung desselben, die consuetudo Gegenstand derselben sein kann, und dem Richter die Untersuchung überlassen bleiben muß, ob sich darin wirklich ein Gewohnheitsrecht ausspreche. In Betreff der Beweismittel gilt nichts Eigenthümliches, obwohl man namentlich in Rücksicht des Eides irriger Weise sehr oft das Gegentheil behauptet hat, vgl. über das Letztre noch Schäffer im prakt. Arch. IV. S. 318 fgg.

2) Gerichtsgebrauch und Juristenrecht. §. 18.

Anm. Vgl Haus, Versuch über den rechtl. Werth des Gerichtsgebrauchs Erl. 1798, Jordan im ziv. Archiv VIII. Nr. 9, Müller, ziv. Abh. Nr. 5, Puchta, Gew. Recht I. S. 161 fgg., II. S. 14 fgg., Dess. Vorl. §. 16, Kierulff I. S. 37 fgg., Savigny I. §. 14. 26, Wächter im ziv. Arch. XXIII. 15, Dess. Würtemb. Privatrecht. II. §. 10, Beseler, Volksr. S. 297 fgg., Dess. Syst. des deutsch. Privatr. I. §. 34—36, Sintenis I. S. 25 fgg., Brinckmann, Gew. Recht S. 35 fgg., Kritz, Rechtsfälle IV. S. 148 fgg.

S. 292 fgg., Thöl, Volksrecht und Juristenr. Rost. 1846. S. 109 fgg. Vgl. auch Scheurl, Beitr. I. Nr. 4. S. 121 fgg., Boecking, Pand. I. §. 11. geg. E., Keller, Pand. §. 4.

III. Von Verschiedenheit der Rechtsquellen nach Umfang, Inhalt und Wirkung.

A. Vom jus generale et speciale, commune et singulare, universale et particulare. §. 19.

B. Von leges cogentes et permissivae, leg. dispositivae et prohibitivae. §. 20.

C. Von leges perfectae, minusquamperfectae et imperfectae. §. 21.

Theodos. et *Valentin.* l. 5. C. de legib. (1, 14): Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam saeva praerogativa verborum fraudulenter excusat. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres, quam novellas, trahi generaliter imperamus, ut legistatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere, hoc est, ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus. — Savigny, Syst. IV. S. 549 fgg.

IV. Von der Auslegung der Gesetze.

Anm. Es versteht sich von selbst, daß hier nicht die materiellen Grundsätze der juristischen Hermeneutik entwickelt werden sollen, indem diese vielmehr

den Gegenstand eigener Vorlesungen bilden, die da, wo sie noch gehalten werden, nicht versäumt werden sollten; sondern es sind hier nur die Begriffe der verschiedenen Arten von Auslegung (welches Wort hier in einem weitern Sinne für Ableitung von Rechtssätzen aus einem gegebenen Gesetze, gebraucht wird, ähnlich wie die Römer das Wort interpretatio gebrauchten), deren Verhältniß zu einander, und deren rechtliche Statthaftigkeit zu besprechen. Man vgl. übrigens:

Hotomanni Jureconsultus s. liber de optimo genere juris interpretandi. Bas. 1559 und öfter, auch in opp. tom. II. p. 1087 sqq.

Forster interpres. s. de interpretatione juris libri II. Viteb. 1613, auch in *Otton.* thes. tom. II. p. 945 sqq.

Placcius de Jureconsulto perfecto, s. interpretatione legum. Holm. et Hamb. 1693.

Rapolla de Jureconsulto, sive de ratione discendi interpretandique juris civil. lib. II. Neap. 1726, in's Deutsche übersetzt mit Anmerkungen von Griesinger. Stuttgart 1792.

Eckhardi hermeneutica juris. Lip. 1750. edit. 2da c. not. *C. Fr. Walchii.* Lips. 1779. ed. III. c. not. *C. Wilh. Walchii* ibid. 1802.

Conradi observat. jur. civ. vol. I. Praeponuntur artis interpretandi praecepta. Marb. 1782.

Wittich, principia et subsidia hermeneuticae juris. Gött. 1799.

Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts. Altona 1799. 2te Auflage 1806.

Sammet, Hermeneutik des Rechts. Herausgeg. von Born. Leipzig 1801.

Zachariä, Versuch einer allgem. Hermeneutik des Rechts. Meißen 1805.

Schöman, Handbuch I. S. 65 fgg.

Hufeland, Geist des röm. Rechts. Th. I. Abhandl. 2. S. 1—205.

Mailher de Chassat traité de l'interpretation des loix. Paris 1822.

Lange, Versuch einer Begründungslehre des Rechts. §. 37 fgg.

Clossius, Hermeneutik des röm. Rechts und Einleitung in das corp. jur. civ. im Grundrisse. Leipzig 1831.

Thibaut's juristischer Nachlaß Bd. II. Th. 2. („Hermeneutik und Kritik des röm. Rechts"). Berlin 1842.

Kierulff, Theorie I. S. 18 fgg.

Savigny, System I. S. 206 fgg.

Kritz, Rechtsfälle III. S. 123 fgg.

Schaffrath, Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze. Leipzig 1842.

Wächter, Handbuch des Würtembergischen Privatrechts II. S. 133 fgg.

Krug, die Grundsätze der Gesetzauslegung rc. Leipzig 1848.

Unger, System des Oestreichischen Privatrechts I. §. 10. 12 fgg.

Lang, Beiträge zur Hermeneutik des röm. Rechts. Stuttgart 1857.

A. Von der authentischen und der Usual-Interpretation. §. 22.

Bremer in Bekker's Jahrbuch II. S. 241 fgg.

B. Von der doktrinellen Auslegung.

1) Kritik. §. 23.

Anm. Man versteht unter Kritik überhaupt die Herstellung der Authentizität des Gesetzes, und im Allgemeinen ist es keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß der Richter auch zu praktischen Zwecken zur Anwendung derselben befugt ist, und zwar sowohl zur Anwendung der höhern Kritik, worunter man gewöhnlich Untersuchungen über die Aechtheit des Gesetzes im Ganzen versteht (einen andern Sinn hiervon nehmen z. B. Schweppe, Handbuch I. §. 9. und Savigny S. 242 an), als auch der niedern, welche sich mit der Herstellung der ursprünglichen Worte des Gesetzes beschäftigt. Im einzelnen aber ist noch hervorzuheben:

1) Wenn die authentische Gesetzes-Urkunde selbst noch vorliegt, so ist der Regel nach (vgl. Savigny a. a. O. Unger S. 73) alle Kritik ausgeschlossen, und namentlich also ist dies der Fall bei neuern Gesetzen, welche noch in, unter öffentlicher Autorität veranstalteten, Abdrücken vorhandeu sind.

2) Wenn aber die authentische Urkunde fehlt, so sind kritische Untersuchungen ganz unerläßlich, und namentlich ist dies in vorzüglichem Maaße in Betreff des röm. Rechts wahr. Hierbei muß man von dem Satze ausgehen, daß das röm. Recht nicht etwa in einem bestimmten einzelnen Manuskript bei uns rezipirt worden ist, und daß noch viel weniger eine der vielen nachher veranstalteten Ausgaben als authentischer Text zu Grunde gelegt werden darf, indem sich dieselben nur als Privatversuche, den handschriftlichen Text wiederzugeben, herausstellen. Es ist daher absolut verwerflich, wenn in der früheren Praxis nicht selten die Ausgaben von Gothofredus allein beachtet worden sind.

3) Geht man aber von dem eben angedeuteten Grundsatze aus, so ist so viel gewiß, daß unter den vorhandenen verschiedenen Lesarten der Handschriften nach freier Ueberzeugung gewählt werden darf (s. g. wählende Kritik), und auch daran kann nicht gezweifelt werden, daß Versuche, die vorhandenen Handschriften besser zu lesen, als die Editoren es thaten, vollkommen gestattet sein müssen.

4) Gewiß aber darf der Richter auch noch weiter gehen, und selbst eine von allen Handschriften bestätigte Leseart verwerfen, und sich eine neue bilden (s. g. Konjektural-Kritik), wenn nur die beiden Voraussetzungen, welche von ältern Juristen passend *necessitas* und *modestia* genannt werden, vorhanden sind. Zwar leugnet dies Thibaut, Versuche Theil I. Abh. 16. und logische Auslegung. 2te Auflage. S. 180 fgg., aber er geht dabei von dem durchaus verwerflichen Grundsatze aus, daß die zur Zeit der Rezeption vorhandenen Handschriften des röm. Rechts als authentische Gesetzes-Urkunde angenommen worden seien. Vielmehr ist das rezipirt worden, was sich nach wissenschaftlicher Prüfung als der wahre Justinianische Text herausstellt, und eben so, wie alle gedruckten Ausgaben nicht selten die Handschriften mißverstehen, konnte es auch leicht kommen, daß in allen uns erhaltenen Manuskripten Mißverständnisse und Irrthümer der Abschreiber vorkommen, vgl. Feuerbach. zivil. Versuche. Abh. 3, Hufeland a. a. O. S. 70 fgg., Savigny S. 243 fgg., und später auch, wenigstens

theilweise, Thibaut, Krit. und Herm. §. 63. Um aber hier helfen zu können, ist es Pflicht des Kritikers, sich mit den Eigenthümlichkeiten der Handschriften bekannt zu machen, denn in sehr vielen Fällen kann dadurch auf die einfachste Weise eine in den Handschriften verdorbene Stelle geheilt werden, wovon vielfache Beispiele im Laufe der Vorlesung vorkommen werden. Vorzüglich wird der besonnene Kritiker folgende Punkte in's Auge fassen (vgl. auch *Best*, ratio emendandi leges. Lips. 1745, *Eckhard*, herm. jur. §. 46 sqq.):

a) In den ältesten Handschriften kommt entweder gar keine, oder doch eine sehr ungeregelte Interpunktion vor. Wenn nun hierbei die spätern irren, so darf der Richter unbedenklich nachhelfen. So ist z. B. gewiß in l. 44. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1) die Interpunktion so zu ändern, daß hinter die Worte: factae donationis ein Punkt zu setzen, und bei dem bald folgenden Worte scientiae jedes Unterscheidungs-Zeichen wegzulassen ist, vgl. v. Savigny in Zeitschrift für gesch. Rw. I. S. 270 fgg., und in l. 25. pr. de liberat. leg. (34, 3) muß hinter die Worte: damnas esto non petere statt des Punkts ein Fragezeichen gesetzt werden.

b) In den Handschriften waren Noten und Siglen sehr häufig, die dann später oft falsch aufgelöst wurden. So ist dies z. B. öfter mit den Siglen P. R. gegangen, worunter man Praetor verstand, während populus Romanus gemeint war, vgl. z. B. l. 7. §. 8. de injur. (47, 10), *Ulp.* I. 7. XX. 16. XXIV. 28. Eben so ist die Sigle IT., welche eben sowohl item als institutus bedeutet, falsch verstanden worden in *Ulp.* VI. 2. XX. 6, wo offenbar nach Schilling's richtiger Bemerkung statt institutus gelesen werden muß item. So muß ferner in l. 8. pr. qui et a quib. (40, 9) statt fideicommissi causa gelesen werden: fraudandorum creditorum causa (F. C. causa), und bei *Ulp.* VI. 6. statt revera, rei uxoriae (R. V.) u. dgl. m.

c) Nicht selten können verdorbene Stellen einfach dadurch geheilt werden, daß man unrichtig getrennte oder verbundene Wörter auf gehörige Weise liest. So ist es gewiß die einfachste Emendation der l. 48. de V. O. (45, 1), wenn man statt des handschriftlichen id eo liest ideo; so muß ferner bei *Ulp.* VI. 13. statt quadriennio nach Hugo's treffender Bemerkung quae triennio gelesen werden, und die verdorbene Stelle in Coll. leg. Rom. et Mos. XVI. 3: quibus bonorum possessionis propter praetoriam actionem non erit necessaria bekommt einen sehr passenden Sinn, wenn man quibus bonorum possessio nisi rel. liest.

d) Eben so, und zwar noch vorzüglich sind auch die sehr häufig vorkommenden Geminationen und daraus leicht entstehenden Irrthümer zu bemerken, wovon viele Beispiele bei *Eckhard*, herm. jur. §. 61 sqq. angeführt sind, vgl. auch Cramer in Zeitschr. für gesch. Rw. I. Nr. 12.

e) Endlich kamen auch Transpositionen einzelner Worte, Buchstaben oder Sylben vor, und so muß z. B. in l. 20. de evict. (21, 2) statt *ut* eo nomine gelesen werden: *tu* eo nom., und in l. 52. §. 2. de leg. III. statt quantaecunque pars hodie — qu. rhapsodiae u. s. w.

Ein noch ganz vorzüglich zu beachtendes Hilfsmittel für Konjektural-Kritik der Justinianischen Rechtsbücher ist auch die Vergleichung der auf uns gekommenen

Quellen, aus denen dieselben entlehnt sind, wobei besonders der Theodosianische Kodex hervorgehoben werden muß, und die Vergleichung der spätern griechischen Bearbeitungen, namentlich der Basiliken. (Eine nicht ungewöhnliche Korruption des authentischen Textes besteht namentlich auch darin, daß Negationen fälschlich zugefügt oder weggelassen sind; vgl. *Jo. Roberti* receptae jur. civ. lectionis libri II. Helmst. 1586. (lib. I. in quo de additis negationib. agitur; lib. II. in quo de detractis negat. agitur), *Jauchii* meditatt. crit. de negationib. Pand. Flor. Amst. 1728. und dazu *Sammet*, receptae lectiones ad Jauchium. Lips. 1750).

2) Interpretation im engern Sinn. §. 24.

Anm. Unter Interpretation im engern Sinn ist die Ausmittelung dessen zu verstehen, was der Gesetzgeber hat sagen wollen, und man muß sich eben so sehr gegen die gewiß zu weite Bedeutung erklären, von welcher z. B. Thibaut in seiner Schrift über logische Auslegung und im Pand. Syst. §. 43 fgg. ausgeht, wornach auch Ausdehnung und resp. Einschränkung des Gesetzes nach dem Grunde desselben zur Interpretation gehören soll, als man auf der andern Seite die zu enge Bedeutung mißbilligen muß, welche Hufeland a. a. O. und Wening, Lehrb. §. 10 fgg. annehmen, wornach nämlich auch die Ausdehnung und Einschränkung des Gesetzes nach der Absicht des Gesetzgebers davon ausgeschlossen sein soll. Der Interpret soll das entwickeln, was der Gesetzgeber in ein Gesetz hat legen wollen, und wenn er also mehr oder weniger hat sagen wollen, als die Worte ausdrücken, so gehört die Untersuchung über den wirklich beabsichtigten Sinn offenbar in die Sphäre der Interpretation. Man pflegt aber nach Verschiedenheit des dabei beobachteten Verfahrens die Interpretation in eine grammatische und eine logische einzutheilen, deren erste den Sinn des Gesetzes nach den Worten, die zweite aber die Worte nach dem Sinne deutet.

1) Den Anfang muß die grammat. Interpretation machen, d. h. man muß zunächst nach den Regeln des Sprachgebrauchs und der Grammatik den Sinn des Gesetzes zu erforschen suchen. Die Angabe der einzelnen hier einschlägigen Grundsätze gehört natürlich in eine juristische Hermeneutik, und hervorzuheben ist hier nur das s. g. argumentum a contrario, mit dem man bei Auslegung des römischen Rechts so sehr großen Mißbrauch gemacht hat, und noch täglich macht. Dasselbe besteht darin, daß dann, wenn ein Gesetz eine Entscheidung an einen nach festen Merkmalen bestimmten Fall anknüpft, angenommen werden müsse, daß bei andern Fällen die entgegengesetzte Entscheidung Platz greife. An der innern Haltbarkeit dieses Arguments ist gar nicht zu zweifeln, und die römischen Juristen machten davon häufigen Gebrauch, vgl. z. B. l. 22. de legib. (cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat), l. 18. de testib. (22, 5) (ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere), in welcher letztren Stelle sich eine Anwendung der bekannten, zum argum. a contr. gehörigen, Regel der

Praktiker findet: **exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.** So gewiß nun auch hiernach bei einer formell vollkommneren Gesetzgebung, als die römische, unbedenklich von dieser Argumentation Gebrauch gemacht werden kann und muß, so ist dies doch gerade bei der Justinianischen Legislation nicht der Fall, weil dieselbe zum großen Theile nur kasuistisch ist (man denke nur z. B. an die große Menge von Reskripten), und weil die Kompilatoren nicht selten etwas ungeschickt Stellen aus ihrem ursprünglichen Zusammenhang losrissen. Hieraus geht hervor, daß bei Interpretation des römischen Rechts immer erst eine besonnene Berücksichtigung aller Verhältnisse entscheiden muß, ob das **argum. a. contr.** oder vielmehr die Regel: **unius positio non est alterius exclusio** anwendbar sei, kurz, daß bei dieser Legislation das ganze **argum. a. contr.** praktisch nicht sowohl zur grammatischen, als vielmehr zur logischen Interpretation zu rechnen ist, vgl. auch ***Noodt,*** **Jul. Paul. c. 7,** ***ejusd.*** **Dioclet. et Maxim. cap. 2,** ***Eckhard,*** **herm. jur. §. 201. 202,** Mühlenbruch im ziv. Arch. II. S. 427 fgg.

2) Mit der grammatischen Interpretation soll sich aber die logische verbinden, deren Begriff im Allgemeinen nur so bestimmt werden kann, daß der gesetzgeberische Wille nicht sowohl aus den Worten des Gesetzes, als vielmehr aus andern zu Gebote stehenden Mitteln erforscht werden soll. Hierbei muß

a) der Ausleger zunächst und vorzüglich die wirkliche specielle Absicht des Gesetzgebers bei dem einzelnen zu interpretirenden Gesetze zu ermitteln streben. Es stehen demselben aber, um die wahre Willensmeinung des Gesetzgebers aufzufinden, sehr mannichfache Mittel zu Gebote. Hervorzuheben sind hier folgende: anderweitige Aeußerungen des Gesetzgebers selbst über den fraglichen Gegenstand, Berücksichtigung des individuellen Charakters des Gesetzgebers, seiner Zeit und seines Volks; die äußere Veranlassung des Gesetzes; der geschichtliche Gang, den das Recht bei einem Volke überhaupt, und insbesondere das einzelne Institut nahm, mit welchem sich das zu interpretirende Gesetz beschäftigt, namentlich also auch frühere Verordnungen über denselben Gegenstand; Berücksichtigung des Rechtsgrunds, bei welchem letztern Punkt aber noch besonders bemerkt werden muß, daß nicht der Rechtsgrund an sich, sondern nur insofern zur Sphäre der logischen Interpretation gehört, als daraus Schlüsse auf die Absicht des Gesetzgebers gemacht werden können, Guyet, ziv. Abh. Nr. 7. (Faßt man die logische Interpretation so, wie hier geschehen, auf, und hütet man sich namentlich, die grammatische und logische Interpretation als Gegensätze aufzufassen, sondern hält man fest, daß beide Arten der Auslegung sich stets mit einander verbinden, und beide nur dasselbe Ziel haben, den wahren gesetzgeberischen Gedanken zu ermitteln: so erscheint die Polemik Savigny's S. 319 fgg. gegen diese Eintheilung als völlig grundlos, und wenn Savigny Statt dessen vier Elemente der Interpretation unterscheidet, das grammatische, logische, historische und systematische, Sav. S. 213 fgg., so leuchtet ein, daß diese drei letztren s. g. Elemente eben nichts anderes, als ein neuer Ausdruck für die gewöhnlich s. g. logische Interpretation sind, vgl. auch Krug a. a. O. S. 60 fgg. S. 103 fgg., Wächter S. 135 fg. Not. 13, Lang a. a. O. S. 63 fgg.). — Daß nun der Ausleger jene und ähnliche für die logische Interpretation wichtige Momente vor

allen Dingen aus dem zu interpretirenden Gesetz selbst, oder doch aus andern Stellen der Legislation zu entnehmen hat, versteht sich von selbst. Ob er aber zu praktischen Zwecken hierbei stehen bleiben müsse, oder ob er auch aus andern Quellen, als aus der Legislation selbst, Materialien für die logische Interpretation zu sammeln befugt sei, ist streitig. Thibaut, log. Ausl. §. 9, Krit. und Herm. §. 21, behauptet das Erstere, weil der Unterthan nur dasjenige als positives Gesetz zu befolgen habe, was ihm publizirt sei. Gewiß mit Recht erklären sich aber die Meisten für die entgegengesetzte Ansicht, denn der Wille des Gesetzgebers muß es offenbar sein, daß das Gesetz in seinem wahren Sinn von dem Unterthan aufgefaßt werde, und er muß also demselben auch Alles, was zur Auffindung desselben hinführen kann, gestatten. Betrachtet man insbesondere das römische Recht, so kann es hiernach keinen Zweifel leiden, daß auch die juristischen Quellen des Vor- und Nachjustinianischen Rechts, und andere römische Schriftsteller, obgleich sie nicht als Gesetz publizirt sind, als Hilfsmittel zur Interpretation des Korp. jur. gebraucht werden dürfen, und man kann dies um so weniger bezweifeln, da ein nicht geringer Theil desselben ohne Anwendung jener Hilfsmittel ganz unverständlich sein würde.

b) Bleiben die vorher angedeuteten Mittel ohne entscheidenden Erfolg, ist also der wirkliche gesetzgeberische Wille zweifelhaft, so muß sich der Ausleger durch Anwendung allgemeinerer Interpretations-Regeln helfen, deren im römischen Rechte vorzüglich folgende vorkommen:

aa) Im Zweifel soll diejenige Bedeutung vorgezogen werden, wodurch die gesetzliche Disposition von Fehlern befreit ist, l. 19. de legib., also namentlich die, wodurch Antinomieen und Absurditäten vermieden werden, c. Tanta. §. 15. Nov. 158. c. 1.

bb) Korrektorische Gesetze, jura singularia und privilegia sind strikt zu interpretiren, d. h. in dem Sinne zu verstehen, welcher am wenigsten von dem bestehenden Rechte abweicht. Es folgt dies schon aus der allgemeinen Regel, daß das, was an sich schon eine feste Existenz hat, nur insofern durch ein andres Entgegenstehendes aufgehoben werden kann, als das Letztere selbst in seiner Existenz gewiß ist. Ueberdies kommen auch noch einige besondere Anwendungen jenes Grundsatzes vor, vgl. z. B. l. 191. de R. J., l. 35. pr. C. de inoff. test. Wenn dessen ungeachtet Viele wegen l. 3. de constit. princ. (l. 4.) coll. l. 4. C. de praepos. agent. (12, 21), l. 2. C. de bon. vacant. (10, 10) die entgegengesetzte Meinung annehmen, daß ein Privilegium immer in der möglichst weiten Wortbedeutung zu nehmen sei, so beruht dies auf einer falschen Auslegung der l. 3. cit., die ihrem wahren Sinne nach nur sagen will, ein ohne Doppelsinn ganz allgemeines Privilegium muß ohne alle willkührlichen Beschränkungen in seiner vollen Allgemeinheit angewendet werden, und von diesem sehr wahren Satze kommen dann auch Anwendungen in den beiden zitt. Koderstellen vor, vgl. Thibaut, log. Ausleg. S. 51 fgg.

cc) Endlich haben wir auch die Regel, daß im Zweifel die mildeste und billigste Wortbedeutung anzunehmen sei, l. 18. de legib., l. 56. 90. 155. §. 2. de R. J., l. 42. de poen. (48, 19), l. 3. de his, quae in testam. pelent. (28, 4).

3) Was noch das Verhältniß der grammatischen und logischen Interpretation zu einander anbelangt, so herrschen hierüber sehr verschiedene Ansichten. Während z. B. Hufeland und Wening citt. von dem Grundsatze ausgehen, die logische Interpretation dürfe nie über den Wortverstand des Gesetzes hinausgehen, und demnach dieselbe in eine extensiva und restrictiva nur in dem Sinne eintheilen, daß durch dieselbe bald die engre, bald die weitre Wortbedeutung vorgezogen werde, stellt Thibaut, log. Ausl. §. 7, dem viele Andere, z. B. Fritz, Erl. zu Wening S. 28 fgg. beistimmen, neben dieser von Hufeland allein angenommenen Art der Interpretation, die er mit dem Namen der declarativa bezeichnet, noch drei andre Arten auf, nämlich die extensiva, restrictiva und abrogans. Die erste sei diejenige, welche zu dem Gesetze noch etwas hinzusetze, was nicht in dem Wortsinn enthalten sei, die zweite sei diejenige, welche die gesetzliche Disposition für Fälle, die dem Wortsinn nach darunter enthalten sein würden, als unanwendbar darstelle, die dritte endlich die, welche zu einem von der grammatischen Interpretation ganz verschiedenen Resultat komme, welche also einen Sinn des Gesetzes aufstelle, der nicht blos weiter oder enger sei, als der grammatische, sondern ein ganz anderer. — Richtigen Ansichten über Interpretation zufolge muß man gewiß von folgenden leitenden Sätzen ausgehen: die logische Interpretation darf nie ein von dem möglichen Wortsinn ganz verschiedenes Resultat aufstellen, wenn sie juristisch beachtet werden will. Wird aber diese Grenze gewahrt, so muß allerdings das Resultat der logischen Interpretation dem der grammatischen vorgehen.

Ein Gesetz ist nämlich der in einer bestimmten äußern Form sichtbar gewordene gesetzgeberische Wille, und es kann also nicht das bewiesene Dasein des letztern allein genügen, sondern derselbe muß sich entsprechend geäußert haben. Wenn also ein Gesetz nach den Resultaten einer grammatischen Interpretation schlechthin sinnlos wäre, und die Kritik könnte nicht helfen, so würde der logische Interpret zwar wohl den Willen des Gesetzgebers auffinden können, aber damit wäre doch nicht auch die entsprechende äußere Form gegeben, und es muß also ein solches Gesetz für gar nicht vorhanden erachtet werden. Gibt aber umgekehrt nach grammatischer Interpretation das Gesetz einen ganz bestimmten Sinn, so darf sich nie der logische Interpret herausnehmen, einen demselben widersprechenden aufzustellen, denn, wie Paulus in l. 25. §. 1. de leg. III. sagt, quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio, und es muß also, wie Cicero de invent. II. 44. bemerkt, die Regel gelten, cum scriptum aperte sit, judicem legi parere, non interpretari legem oportere. Hierauf beziehen sich denn auch die oft, aber mit Unrecht, getadelten Aussprüche von Julian und Neratius in l. 20. und l. 21. de legib.: non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur. Hiernach muß nothwendig die von Thibaut und vielen Andren (z. B. auch noch von Wächter S. 139 fg. Not. 25. und Unger S. 86. Not. 38.) angenommene abrogirende log. Interpr. verworfen werden, vgl. auch Krug a. a. O. S. 62 fgg., und es bleiben uns nur übrig:

a) die declarative, welche entweder mit den Resultaten der grammatischen Interpretation völlig übereinstimmt, oder insofern davon abweicht, daß man einen Sinn annimmt, welcher zwar rein nach den Regeln des Sprachgebrauchs und der Grammatik nicht angenommen werden dürfte, der sich aber aus andern Gründen als der richtige herausstellt, vorausgesetzt natürlich, daß er nach der grammatischen Erklärung wenigstens möglich ist, sollte sich auch der Gesetzgeber sehr ungenau und uneigentlich ausgedrückt haben. Hierauf beziehen sich denn auch manche Aussprüche unsrer Quellen, die man wohl schon zur Unterstützung einer abrogirenden logischen Interpretation angeführt hat, z. B. die Vorschrift der l. 19. ad exhib. (10, 4), non oportere jus civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire, und der l. 96. de R. J.: in ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset.

b) Die restriktive, welche zu dem Resultate kommt, daß der Gesetzgeber sich ungenauer Weise weiter ausgedrückt hat, als er beabsichtigte, und daß also Fälle, welche dem Wortlaute des Gesetzes nach unter dasselbe subsumirt werden müßten, zufolge der Absicht des Gesetzgebers davon auszuscheiden seien. Namentlich tritt also diese Auslegung dann ein, wenn es gewiß ist, daß der Gesetzgeber an gewisse Fälle gar nicht gedacht hat, und daß er, wenn er daran gedacht hätte, sie von dem Gesetze ausgenommen haben würde. Daß nun eine solche Auslegung bei bewiesener Absicht des Gesetzgebers statthaft sei, kann nicht bezweifelt werden, oder darf etwa der Richter, wenn z. B. ein Gesetz allgemein die mehrfache Ehe bei Strafe verbietet, es aber gewiß ist, daß dabei nur an die gleichzeitige Polygamie gedacht ist, die Strafe auch auf die successive anwenden? Gesetzliche Beispiele dieser interpret. restrictiva kommen z. B. vor in l. 11. de in jus voc. (2, 4), l. 8. §. 6. de transact. (2, 15), l. 11. §. 2. de his, qui not. inf. (3, 2), l. 40. pr. de H. P. (5, 3), l. 54. pr. i. f. mandati (17, 1), l. 6. §. 2. coll. l. 15. de jure patronat. (37, 14), l. 2. §. 1. de custod. et exhib. reor. (48, 3).

c) Die extensive, wornach der Interpret Fälle, welche dem Wortsinn des Gesetzes nach nicht unter demselben stehen, doch unter dasselbe darum subsumirt, weil der Gesetzgeber eine solche Subsumtion beabsichtigte, obwohl er sich ungenauer Weise zu eng ausgedrückt hat. Auch die Statthaftigkeit dieses Verfahrens leidet keinen gerechten Zweifel, da hier der gesetzgeberische Wille wirklich, wenn auch nicht in ganz genauer Gestalt äußerlich geworden ist. Eine Anwendung hiervon kommt z. B. in dem bekannten Prinzip vor, daß, was in fraudem legis geschieht, wie contra legem geschehen angenommen werden soll, denn in fraudem legis handelt der „qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit", l. 29. de legib., oder wie Ulpian in l. 30. eod. sagt: fraus legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit; et quod distat ῥητὸν ἀπὸ διανοίας (dictum a sententia) hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit. Andre Anwendungen kommen z. B. vor in l. 27. §. 13. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 3. ad leg Pompej. de parric. (48, 9) u. a. m.

4) Besonders bemerkt zu werden verdient es aber noch, daß alle diese Arten der Interpretation bei allen Arten von Gesetzen, und namentlich auch bei

korrektorischen Gesetzen, bei jura singularia und privilegia, angewendet werden müssen, denn überall ist ja nur ihr Zweck, den wahren gesetzgeberischen Willen aufzufinden.

3) Ausmittelung des Umfangs des Gesetzes. §. 25.

Anm. Wesentlich verschieden von der in dem vorigen §. dargestellten interpr. logica extens. und restrict., bei welchen die Absicht des Gesetzgebers entscheidet, ist die sehr häufig damit verwechselte Ausdehnung und resp. Einschränkung nach dem Grunde des Gesetzes. Was zunächst

1) die Ausdehnung des Gesetzes nach seinem Grunde anbelangt, nach der gewöhnlich so ausgedrückten Regel: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (Analogie im technischen Sinne des Worts), so ist an der Statthaftigkeit derselben nach unserm gemeinen Rechte nicht zu zweifeln, denn sie ist da nicht nur ausdrücklich vorgeschrieben: Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita jus dicere debet (l. 12. de legib.). Nam, ut ait Pedius, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri (l. 13. eod.), vgl. auch l. 32. pr. eod., sondern es kommt auch eine große Menge von Beispielen vor, wo die römischen Juristen wirklich von dieser Verfahrungsart Gebrauch gemacht haben, wobei man sich nur z. B. an eine Menge von actiones utiles zu erinnern braucht. Es ist dies auch sehr natürlich, da eine Gesetzgebung unmöglich alle denkbaren Fälle umfassen kann, welche Lücken dann auf die einfachste Weise durch die Vorschrift ausgefüllt werden, der Richter solle die ausgelassenen Fälle so entscheiden, wie sie der konsequente Gesetzgeber selbst entschieden haben würde, wenn er an diese Fälle gedacht hätte. Dazu wird aber nothwendig vorausgesetzt, daß eine wirkliche Gleichheit des Grundes vorhanden sei, und wegen bloser Aehnlichkeit darf also eine Ausdehnung nicht Statt finden. Wenn doch Manche, z. B. *Hofacker*, princ. jur. Rom. I. §. 156, und besonders Jordan im ziv. Arch. VIII. S. 233 fgg. (welcher dies sogar als charakteristisches Unterscheidungsmerkmal der Analogie von der interpr. extens. ansieht), andrer Meinung sind, so beruht dies auf einem Mißverständniß der l. 12. cit., denn, wenn es da heißt, daß der Richter ad similia procedere dürfe, so will dies nicht sagen, der Richter dürfe wegen bloser Aehnlichkeit des Grundes ein Gesetz ausdehnen, sondern vielmehr, er dürfe ein Gesetz auch auf andere ähnliche Fälle wegen Identität des Grundes anwenden, vgl. auch l. 13. cit. verb. ad *eandem* utilitatem, s. Thibaut, logische Ausl. §. 16. und besonders Müller, ziv. Abh. I. S. 202 fgg.

Eine besondere Beachtung verdient aber auch noch der Satz, daß bei Privilegien und bei jura singularia alle Analogie ausgeschlossen ist, denn, quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias, l. 14. de legib., vgl. l. 141. pr., l. 162. de R. J., l. 23. §. 3.

de fideic. libert. (40, 5), §. 6. J. de j. n. g. et c. (1, 2), und eben dies muß bei korrektorischen Gesetzen angenommen werden, weil es ein sich von selbst verstehender Satz ist, daß das, was nicht verändert ist, unverrückt in seiner Giltigkeit bleiben muß, vgl. auch l. 27. C. de testam. (6, 26), l. 32. §. 6. C. de appell. (7, 62), Nov. 20. c. 9. Daß sich die Analogie in allen diesen Beziehungen sehr bestimmt von der ausdehnenden Erklärung unterscheidet, bedarf keiner besondern Bemerkung, da schon oben erwähnt wurde, daß diese letztere bei allen Gesetzen ohne Ausnahme eintritt. Bei Strafgesetzen findet aber nicht blos ausdehnende Erklärung, sondern auch Analogie unbedenklich Statt, denn nicht nur müssen die angeführten allgemeinen Aussprüche unserer Gesetze nothwendig auch hierauf bezogen werden, sondern es lassen sich auch noch besondere Quellenzeugnisse dafür anführen. So wird namentlich in l. 7. §. 3. ad leg. Jul. majest. (48, 4) ausdrücklich zwischen Verbrechen unterschieden, quae ad exemplum legis vindicanda sunt, und denen, quae ex scriptura legis descendunt; vgl. auch l. 2. §. 29. ad SC. Tertull., l. 8. de sepulchro viol. (47, 12) u. s. w. Dies ist denn auch noch insbesondere durch die P. G. O. Art. 105. bestätigt, indem es dort ausdrücklich heißt, daß in den ausgelassenen Fällen die Richter Raths pflegen sollten, wie sie den kaiserlichen Rechten und der P. G. O. am gemäßesten urtheilen möchten. Doch ist darüber unter den Kriminalisten viel Streit, vgl. aber Thibaut, log. Ausl. §. 21. und Jordan, über die Auslegung der Strafgesetze. Landsh. 1818. S. 110 fgg.

2) Neben der Regel: ubi eadem legis ratio rel. wird von unsren Juristen sehr häufig die andere aufgestellt: *cessante ratione legis, cessat lex ipsa,* und zwar verbindet man damit einen zweifachen Sinn:

a) Wenn der Grund eines Gesetzes ganz hinwegfalle, so werde damit auch das Gesetz selbst unanwendbar. Man muß sich aber unbedingt gegen einen solchen Satz erklären, denn er wird durch kein Gesetz unterstützt, und widerstreitet durchaus der Natur der Sache. Da nämlich ein Gesetz verbindende Kraft nicht durch seinen Grund, sondern durch seine Sanktion von Seiten der gesetzgebenden Gewalt erhält, so kann auch das Hinwegfallen des Grundes die Anwendbarkeit des Gesetzes nicht aufheben, vgl. l. 35. de R. J., sondern es kann dies nur eine Veranlassung sein, daß durch Gesetz oder Gewohnheit das veraltete Gesetz hinweggeräumt werde, vgl. Thibaut, logische Ausl. §. 22, Müller, zw. Abh. S. 178 fgg. Man muß sich aber hierbei nach Thibaut's richtiger Bemerkung vor einer Verwechslung des falschen Satzes cessante ratione rel. mit einem andren hüten, der durchaus zu billigen ist. Wenn nämlich ein Gesetz durchaus nur eine Folgerung aus einem andern bestehenden Rechtssatze ist, so muß mit dem Wegfallen dieses Rechtssatzes auch jenes Gesetz hinwegfallen, weil mit der Aufhebung eines Prinzips auch die blosen Konsequenzen desselben als aufgehoben betrachtet werden müssen.

b) Wenn in einem einzelnen Falle, welcher den Worten nach unter das Gesetz passe, der Grund des Gesetzes nicht vorhanden sei, so dürfe auch das Gesetz nicht auf denselben bezogen werden. Man muß sich aber auch hiergegen erklären, denn durchgreifende Bestimmungen sind absolut nothwendig, wenn die Gesetzgebung nicht alle Kraft verlieren soll, und es würde also der Absicht des

Gesetzgebers durchaus zuwider sein, wenn ein Gesetz nicht angewendet würde, weil etwa einmal bei einem Individuum ausnahmsweise der Grund des Gesetzes nicht eintritt. **Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur** (l. 4. de legib.), **nam ad ea potius aptari debet jus, quae et frequenter et facile quam quae perraro eveniunt** (l. 5. eod.), vgl. auch l. 8. eod.: **Jura non in singulas personas sed generaliter constituuntur.** Die gesetzlichen Beispiele, welche die Vertheidiger jener Regel für sich anführen, sind auch offenbar unbeweisend, denn sie beziehen sich nur auf die allerdings statthafte einschränkende Erklärung nach der Absicht des Gesetzgebers, vergleiche die Anmerkung zum vorigen §en. Vgl. auch Weber, von der natürlichen Verb. §. 64. Thibaut, log. Auslegung. §. 23. Seuffert, Erörtrungen I. S. 19 fgg. Guyet, Abh. S. 172 fg. Müller, zivil. Abh. S. 200.

V. Von der Anwendung der Gesetze.

A) In Ansehung der Zeit. §. 26.

Anm. Außer manchen ältern Schriften, vgl. darüber z. B. Thibaut System §. 26. Note d., sind folgende zu bemerken:

Weber, über die Rückanwendung positiver Gesetze. Hannover 1811.

v. Heeresstorf, über die zurückwirkende Kraft der Gesetze. Düsseld. 1812.

Desselben Abhandlung über die Eigenheit der Gesetze in Ansehung der Zeiten. Frankfurt 1815.

Wiesen, systematische Entwicklung der Lehre über die rückwirkende Kraft der Gesetze nach röm. Recht. Frankfurt 1814.

Borst, über die Anwendung neuer Gesetze auf früher entstandene Rechtsverhältnisse. Bamberg 1814.

Bergmann, das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrechte. Hannover 1818.

v. Georgii, im Archiv für ziv. Praxis III. S. 145 fgg.

Seuffert, Erörtrungen I. S. 3 fgg.

v. Struve, über das positive Rechtsgesetz, rücksichtlich seiner Anwendung in der Zeit. Göttingen 1831.

Kierulff, Theorie I. S. 63 fgg.

Wächter, Würtembergisches Privatrecht II. S. 167 fgg.

Holzschuher, Theorie I. S. 29 fgg.

Savigny, System VIII. S. 368 fgg.

Scheurl, Beiträge I. S. 137 fgg.

Bornemann, Erörtrungen im Gebiete des preußischen Rechts. Heft 1. Berlin 1855. S. 1 fgg.

Christiansen, über erworbene Rechte. Kiel 1856. S. 53 fgg.

Unger, System des Oestreichischen Privatrechts I. §. 20 fgg. S. 113 fgg.

Schaaff, Abhandlungen aus dem Pandekten-Rechte. 2. H.: „über die rückwirkende Kraft neuer Gesetze". Heidelberg 1860.

Lassalle, das System der erworbenen Rechte. Bd. I. (mit dem Spezialtitel: die Theorie der erworbenen Rechte und der Kollision der Gesetze). Leipz. 1861.

Mit Entscheidung einzelner hier einschlägigen Rechtsfragen beschäftigen sich Zeller, Rückwirkung der alten Statute auf Güterverhältnisse und Erbschaften. Heilbronn 1813.

Pfeiffer, nach welchen Gesetzen werden die Vermögensrechte der Ehegatten — — nach eingetretener Veränderung ihres Wohnorts oder der Gesetzgebung beurtheilt? in den praktischen Ausführungen Bd. II. S. 263 fgg.

Funke, über die Kollision der Gesetze bei Zivilansprüchen aus der außerehelichen Beiwohnung, in dessen Beiträgen zur Erörterung praktischer Rechtsmaterien. S. 223 fgg.

Hierher gehört auch v. Reinhardt, Ergänzungen zu Glück I. S. 7 fgg., welcher ohne von allgemeinen Grundsätzen auszugehen, die er für ganz unzureichend hält, nur eine Menge einzelner Fälle entscheidet.

Ueber die, übrigens in den Pandekten-Vorlesungen nicht näher zu betrachtenden, Eigenthümlichkeiten bei Prozeßgesetzen vgl. man vorläufig Mittermaier, über das Rückwirken neuer Prozeßgesetze, im Archiv für ziv. Praxis X. Abh. 4, und bei Strafgesetzen Abegg, über das Verhältniß neuer Gesetze zu früher vorgenommenen Handlungen im Kriminalrechte, im neuen Archive des Kriminalrechts XIII. Abh. 18., Zachariä, über die rückw. Kraft neuer Strafgesetze. Gött. 1843 u. Berner, Wirkungskreis d. Strafgesetze nach Zeit, Raum u. Personen. Berl. 1853.

Anm. 2. Es ist eine namentlich für unsere jetzige, an neuen Gesetzgebungen so reiche Zeit sehr wichtige, aber auch leider sehr bestrittene Frage, auf welche Fälle ein neues Gesetz anwendbar sei? Die einzige allgemeine Vorschrift in unsren Gesetzen findet sich in l. 7. C. de legib. (1, 14): Leges et constitutiones principum futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit; vgl. auch l. 65. i. f. C. de decurionib. (10, 31): cum conveniat, leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare; c. 2. X. de constit. (1, 2): quoties novum quid statuitur, ita solet futuris formam imponere, ut dispendiis praeterita non commendet, ne detrimentum ante prohibitionem possint ignorantes incurrere, quod eos postmodum dignum est vetitos sustinere. Außerdem kommen nur noch viele einzelne Bestimmungen namentlich am Ende kaiserlicher Konstitutionen vor, wie es mit ihnen in der Anwendung gehalten werden solle. Unterscheidet man hierbei sorgsam singuläre Vorschriften von Anwendung allgemeinerer Prinzipien, so möchten sich folgende Grundsätze als die entscheidenden aufstellen lassen:

1) Wenn ein Gesetz ausdrücklich die Rückziehung vorschreibt, so muß dasselbe natürlich auch auf solche Fälle, die an sich noch unter dem früheren Gesetze ständen, bezogen werden, aber auch nur auf solche, also natürlich nicht auf schon völlig durch Urtheil, Vergleich abgethane, denn diese stehen nicht mehr unter dem frühern Gesetze, also auch nicht unter dem neuen, vgl. *C. Tanta,* (l. 2. C. de vet. iur. enucl), §. 23: Leges autem nostras — sancimus — suum vigorem in judiciis ostendentes in omnibus causis, sive quae postea

emerserint, sive quae in judiciis adhuc pendent, nec eas judicialis vel amicalis forma compescuit; quae enim jam judiciali sententia finita sunt, vel amicali pacto sopita, haec resuscitari nullo volumus modo; l. 22. §. 1. C. de SS. eccles. (1, 2): quam oportet non solum in casibus, quos futurum tempus creaverit, sed etiam in adhuc pendentibus et judiciali termino vel amicabili compositione necdum sopitis obtinere; l. un. in f. C. de contr. jud. (1, 53): quae etiam ad praeterita negotia referri sancimus, nisi transactionibus vel judicationibus sopita sint; l. 17. C. de fide instrum. (4, 21): quae tam in postea conficiendis instrumentis, quam in his, quae jam scripta, nondum autem absoluta sunt, locum habere praecipimus, nisi jam super his transactum sit vel judicatum, quae retractari non possunt; l. ult. §. ult. C. de legib. hered. (6, 58). Nov. 19. pr. und c. 1, und eben so wenig können solche Gesetze auf Sachen, die schon in der Appellations-Instanz anhängig sind, angewendet werden, weil es sich hier blos fragt, ob der judex a quo richtig entschieden habe, was natürlich nach dem damals bestehenden Rechte zu beurtheilen ist. Nov. 115. pr. und cap. 1: ideoque sancimus, si quando de aliqua causa processerit definitiva sententia et provocatio fuerit subsecuta, appellationis examinatores secundum leges, quae tempore definitivae sententiae obtinebant, terminum dare negotio; — — — tamesti contigerit postea legem promulgari novi aliquid disponentem, et tenorem suum ad praeterita quoque negotia referentem. Solche Gesetze, welche ausdrücklich die Rückziehung vorschreiben, kommen aber im Korp. jur. nicht selten vor, vgl. z. B. außer den schon vorher angeführten Gesetzen noch l. 21. C. ad SC. Vellej. (4, 29), l. 3. C. de quadriennii praescr. (7, 37), l. 3. C. de pact. pignor. (8, 35) u. s. w. und dahin gehört auch die berühmt gewordene l. 27. C. de usur. (4, 32), worin Justinian vorschreibt, daß das in l. 26 eod. festgesetzte höchste Zinsenmaaß auch auf die schon vor dieser l. 26. stipulirten Zinsen bezogen werden solle. Da sich der Kaiser hierbei das Ansehen gibt, als verstehe sich dies eigentlich von selbst ((verb.: pravam quorundam interpretationem penitus removentes), so hat man diese Stelle wohl schon als Beleg zu dem Grundsatz benutzen wollen, daß Prohibitivgesetze stets rückwirkende Kraft hätten. Aber offenbar enthält dieses Gesetz nur einen Machtspruch von Justinian, denn die l. 26. cit. verbietet ausdrücklich nur das Stipuliren höherer Zinsen, und konnte also ohne einen solchen Machtspruch unmöglich auf schon bedungene Zinsen angewendet werden. Daß aber aus einem solchen exorbitanten Gesetze kein Prinzip abgeleitet werden dürfe, versteht sich von selbst.

2) Weiter muß man noch gehen, wenn das neue Gesetz in der Gestalt einer authentischen Interpretation erscheint. Hier erklärt nämlich der Gesetzgeber — und diese Erklärung hat Gesetzeskraft, — daß das frühere Gesetz richtig verstanden nur den von ihm jetzt angegebenen Sinn habe, und daß also in allen Fällen, in denen man ihm einen andern Sinn unterlegt, ein Rechtsirrthum obgewaltet habe. Nach diesem Prinzip versteht es sich von selbst, daß auch Fälle, die schon in der Appellations-Instanz schweben, dem neuen Gesetze zu subsumiren sind, und auch auf schon abgethane Sachen kann möglicher Weise die authentische Interpretation Wirkungen äußern, sofern nach allgemeinen Grundsätzen ein wahrer

Rechtsirrthum sich hierbei wirksam erweisen würde. Vgl. auch Novella 19. praef. i. f.: cum omnibus manifestum sit, oportere ea, quae adjecta sunt per interpretationem, in illis valere, in quibus interpretatis legibus sit locus. Nov. 143. i. f.: quam interpretationem non in futuris tantummodo casibus, verum in praeteritis etiam valere sancimus, tanquam si nostra lex ab initio cum interpretatione tali a nobis promulgata fuisset. Fritz in v. Löhr's Magazin. Bd. IV. S. 265 fgg. Bremer in Bekker's Jahrb. II. S. 241 fgg.

3) Ist aber das neue Gesetz weder eine deklarative Verordnung, noch auch demselben die Klausel der rückwirkenden Kraft zugefügt, so ist es:

a) wenn in demselben nur Normen über die Begründung von Rechtsverhältnissen aufgestellt werden, schon nach Grundsätzen der grammatischen Interpretation gewiß, daß schon begründete Rechtsverhältnisse nicht unter ein solches Gesetz subsumirt werden können. Dies findet z. B. Anwendung bei solchen Gesetzen, welche nur Formen für Rechtsakte, z. B. für Testamente festsetzen, denn wenn auch der Testator noch nach der Publikation des neuen Gesetzes lebt, so hat er doch nicht nöthig, sein schon vorher giltig errichtetes Testament nach den neuen Formen umzuändern, vgl. l. 29. i. f. C. de testam. (6, 23), Nov. 66. c. 1. §. 4. 5. („maneant etiam sic institutiones, quae ab initio secundum tunc certas extantes factae sunt leges, propriam virtutem habentes, et non accusandae eo, quod tempore, quo supervixerunt illi, eas non mutaverunt. — — Erit namque absurdum, ut, quod factum est recte, ex eo, quod nondum erat, postea mutetur“). Nov. 73. c. 9. u. a. m. Dasselbe muß aber offenbar auch dann gelten, wenn anderweite faktische Voraussetzungen außer der Form für den Eintritt eines bestimmten Rechtsverhältnisses von dem neuen Gesetze verlangt werden, und so kann z. B. ein Gesetz, welches die Volljährigkeits-Termine hinausrückt, schwerlich auf solche Personen angewendet werden, welche nach dem früheren Gesetze schon volljährig geworden sind, während im umgekehrten Falle allerdings das neue Gesetz alsbald anzuwenden ist. — Besondere Schwierigkeit machen aber hier Gesetze, welche neue Fristen für die Verjährung anordnen, und es ist darüber vielfach gestritten worden, vgl. Reinhardt a. a. O. S. 26 fgg. und die da Angeff. Wächter a. a. O. S. 177 fgg. Herrmann in der Gießer Zeitschrift. N. F. II. S. 69 fgg. Stephan im ziv. Archiv XXXII. S. 151 fgg. Savigny VIII. S. 426 fgg. Scheurl a. a. O. S. 143 fgg. Unger S. 146 fgg. Schaaff S. 460 fgg. Keller, Pandekten S. 25 u. a. m. Daß die nach dem frühern Gesetze schon vollendete Verjährung dem neuen Gesetze nicht mehr unterworfen ist, versteht sich freilich von selbst, aber bei einer noch laufenden Verjährung stehen der unbedingten Anwendung des frühern, wie des spätern Gesetzes bedeutende Gründe entgegen, denn im ersten Falle könnte leicht die Absurdität entstehen, daß ein schon längere Zeit Besitzender zum Zweck der Verjährung noch länger besitzen müßte, als wenn er erst nach der Publikation des neuen Gesetzes den Besitz erlangt hätte, und im zweiten Falle kann es leicht zu der großen Unbilligkeit kommen, daß Jemanden, der noch längere Zeit zur Verfolgung seines Rechts vor sich hatte, alsbald alle Rechtsverfolgung abgeschnitten würde. Das angemessenste ist wohl, beide Gesetze gleichmäßig anzuwenden, das alte für die Zeit vor der Publikation des neuen, und dieses letztre für die Folgezeit, so

daß also z. B. der, welcher bereits 5 Jahre besessen hat, und nach altem Rechte noch 5 Jahre zu besitzen hätte, blos noch 2½ Jahre besitzen muß, wenn das neue Gesetz statt der frühern 10jährigen eine 5jährige Verjährung einführte; eine Meinung, wofür auch noch ein Argument aus Nov. 119. c. 8. entlehnt werden kann, vgl. auch Bergmann a. a. O. S. 35 fgg. Schweppe, Handbuch I. §. 8. a., Wächter a. a. O., Stephan a. a. O. Beseler, Syst. des deutschen Privatrechts I. S. 76. Note 10.

b) Wenn aber auch das neue Gesetz nicht ausdrücklich blos Normen über die Entstehung, sondern über das fragliche Rechtsverhältniß überhaupt aufstellt, so muß man doch im Zweifel annehmen, daß dasselbe durchaus nicht auf Rechtsverhältnisse sich beziehe, die schon unter der Herrschaft des alten Gesetzes zur völligen Entstehung gekommen sind, sollten dieselben auch ihre Wirkungen noch nicht hervorgebracht haben; denn man muß nothwendig von der Voraussetzung ausgehen, daß dem Gesetzgeber bestehende wohlerworbene Rechte heilig seien. Dies ist auch offenbar der Sinn der oben angef. l. 7. C. de legib., denn daß damit nicht blos der Satz ausgesprochen sein soll, Rechtsverhältnisse, die ihrer Entstehung wie ihrer Wirkung nach zur Zeit des neuen Gesetzes schon beendet seien, seien diesem neuen Gesetze nicht unterworfen, versteht sich schon wegen der Trivialität dieses Satzes von selbst, und geht noch insbesondere daraus hervor, daß am Ende der Stelle ausdrücklich die **pendentia** zu den **praeterita** gerechnet, und beide den **futuris** entgegengesetzt werden. Daß dieses aber auch wirklich Prinzip des römischen Rechts gewesen sei, geht aus einer Menge spezieller Anwendungen hervor, vgl. z. B. l. 1. pr. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 18. C. de testib. (4, 20), l. 23. §. ult. C. mandati (4, 35), l. un. i. f. C. de rei uxor. act. (5, 13) l. 29. i. f. C. de testam. (6, 23), l. un. §. 15. C. de caduc. toll. (6, 51), l. 12. C. de suis (6, 55), Nov. 18. c. 5. Nov. 22. c. 46. 47, Nov. 54. c. 1, Nov. 76. c. 1, Nov. 89. 7, Nov. 98. c. 1, Nov. 99. c. 1, Nov. 118. c. 6. u. s. w. Um sich jedoch hier vor Mißgriffen zu hüten, muß man von einem bestimmten Begriff des wohlerworbenen Rechts, welches dem neuen Gesetz heilig sein soll, ausgehen. Es ist nämlich ein s. g. **jus quaesitum** nicht schon dann anzunehmen, wenn mir das Gesetz überhaupt die Befugniß zu gewissen Verfügungen gibt, oder wenn es mir unter Voraussetzung gewisser Ereignisse einen Rechtserwerb zusagt, sondern nur dann, wenn ich von jener Befugniß wirklich schon Gebrauch gemacht habe, oder wenn jenes bedingende Ereigniß wirklich schon eingetreten ist, also überhaupt, wenn die konkreten Voraussetzungen, von denen die Anwendung eines Gesetzes abhängt, wirklich in's Leben getreten sind. Wenn also ein neues Gesetz erscheint, ehe ein Recht **in concreto** in Gemäßheit des frühern Rechts von mir erworben war, sollte auch die Möglichkeit des Rechtserwerbes **in abstracto** bei mir vollkommen gegründet sein, so versteht es sich, daß dieses der alsbaldigen unbedingten Wirksamkeit des neuen Gesetzes nicht entgegen steht.

c) Wenn durch neue Gesetze vorhandene Rechtsinstitute ganz abgeschafft oder wesentlich umgebildet werden, so liegt es in der Natur der Sache, daß solche Gesetze in der Regel auch gegenwärtige, wohl begründete Rechte unmittelbar ergreifen; aber eine weise Gesetzgebung wird durch vermittelnde transitorische

Bestimmungen die unvermeidlichen Härten einer solchen Rechtsänderung möglichst zu mindern suchen. Dies findet z. B. Anwendung, wenn durch neue Gesetze Zehnten, Frohnden, Lehen, Familien-Fideikommisse u. dgl. abgeschafft werden. Vgl. auch Savigny S. 514 fgg.

B. In Ansehung des Orts. §. 27.

Anm. Da über die praktisch allerdings wichtige Frage: nach den Gesetzen welchen Orts ein fragliches Rechtsverhältniß beurtheilt werden müsse? die Gesetze geringe Auskunft geben, sondern wesentlich nur Doktrin und Praxis entscheiden müssen, so sind die Grundsätze darüber äußerst schwankend; vgl.

Hertius, de collisione legum (in opusc. vol. I. t. 1.) sect. IV. u. VI.

Hommel, rhapsodia quaestionum obs. 409.

Sejer, de vi legum et decretorum in territorio alieno, Lips. 1777.

Zachariae lib. quaestionum. Wittenb. 1805. quaest. 1.

Meier, de conflictu leg. divers. in divers. loc. obtinent. Brem. 1810.

Tittmann, de competentia legum externar. et domesticar. Hal. 1822.

Haus, de principiis a quibus pendet legum sibi contrariarum auctoritas. Gött. 1823.

Zachariä, über die Rechtsregel: locus regit actum, in Elvers Themis II. S. 95 fgg.

Mittermaier, über die Collision der Prozeßgesetze, im Archiv für zivil. Praxis XIII. Abh. 16.

Brinkmann, wissenschaftlich praktische Rechtskunde Th. I. S. 5 fgg.

v. Reinhardt, Ergänzungen zu Glück I. S. 29 fgg.

Story, comment on the conflict of laws foreign. and domestic. Boston 1834. 2. ed. 1841.

Seuffert, Kommentar über die bairische Gerichtsordnung (auch unter dem Titel: Handbuch des deutschen Zivilprozesses auf die Grundlage und nach der Ordnung der baierischen Gesetzgebung). Erlangen 1836. Bd. I. S. 231 fgg.

Wächter, über die Kollision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten. Im ziv. Archiv XXIV. S. 230 fgg. XXV. S. 1 fgg. S. 161 fgg. S. 361 fgg.

Derselbe, Handbuch des Würtembergischen Privatrechts II. S. 79 fgg.

Kori, im ziv. Archiv XXVII. S. 309 fgg.

Schäffner, Entwicklung des internationalen Privatrechts. Frankfurt 1841.

Foelix, traité du droit international privé. Par. 1843. 2. edit. 1847.

Pütter, das praktische europäische Völkerrecht. Leipzig 1845.

Savigny, System. Bd. VIII. S. 8 fgg.

Pfeiffer, das Prinzip des internationalen Privatrechts. Stuttgart 1851.

Pütter, im ziv. Archiv XXXVII. S. 384 fgg. XXXVIII. S. 57 fgg.

Bornemann, Erörtr. im Gebiete des preuß. Rechts. H. 1. S. 65 fgg.

Unger, System des Oestreichischen Privatrechts I. §. 22 fgg. S. 149 fgg.

Voigt, „über die Kollision der Rechte nach römischen Rechtsgrundsätzen“; in dessen jus nat. aequum et bonum Bd. IV. Abth. 2. Beil. 16. S. 286 fgg.

Scherings Archiv II. (1862) Nr. 13. bes. S. 160 fgg. S. 195 fgg.

Vgl. auch Kierulff, Theorie I. S. 73 fgg., Holzschuher, Theorie und Kas. I. S. 53 fgg., Sintenis, prakt. Zivilrecht I. §. 7., Günther in Weiske's Rechtslexikon IV. S. 421 fgg. — Diese ganze s. g. Lehre von der Kollision der Statuten pflegt übrigens h. z. T. — und gewiß mit Recht, da die römischen Gesetze keine, nur irgend nennenswerthen Materialien dazu liefern, s. jedoch Voigt a. a. O. — vorzugsweise in den Vorlesungen über das deutsche Privatrecht behandelt zu werden, vgl. auch Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 34—36; Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 7. Auflage. 1847. Bd. I. §. 30—32, Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts I. §. 38. 39, — und auch wohl in den Vorlesungen über Völkerrecht, vgl. z. B. Heffter, das Europäische Völkerrecht der Gegenwart §. 37—39. Oppenheim, System des Völkerrechts. Kap. XV.

C. In Ansehung der Personen. §. 28.

VI. Von Aufhebung der Gesetze. §. 29.

Anhang. Vom Einfluß des s. g. Naturrechts, der Moral und der aequitas auf das positive Recht. §. 30.

Anm. Vgl. *Connan.*, comment. jur. civ. lib. I. c. 11; *Donell.*, comm. jur. civ. lib. I. c. 13. §. 11 sqq.; *Conradi*, de juris et aequitatis inter se consensu, in opusc. vol. I. p. 317 sqq.; Jordan im Arch. für ziv. Prax. VIII. S. 226 fgg.; Müller, ziv. Abh. 1. S. 210 fgg.; Albrecht, die Stellung der Aequitas in der Theorie des Zivilrechts. Dresd. und Leipz. 1834, Hartter im ziv. Arch. XXIX. S. 253 fgg., XXX. S. 377 fgg., Voigt, die Lehre vom jus naturale etc. (s. oben §. 11). S. auch Kierulff, Theorie I. S. 18 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 5, Unger, Syst. des Oestr. Privatr. I. §. 11. S. 67 fgg.

Zweites Kapitel.

Von Personen.

I. Von Personen überhaupt. §. 31.

II. Von physischen Personen.

A. Voraussetzungen für die Existenz als Mensch. §. 32.

Dig. I. 5. de statu hominum. — Glück, Komm. II. S. 64 fgg., Savigny, Syst. II. S. 4 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. de inspic. ventre (25, 4): Partus, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. Vgl. *Papinian.* l. 9. §. 1. ad leg. Falcid. (35, 2): Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.

2) *Paul.* (libr. singul. de portionib. quae liberis damnator. conceduntur) l. 7. h. t.: Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quanquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit. Vgl. l. 26. eod., l. 231. de V. S. Die auch von Arndts §. 25. Anm. 1. adoptirte Behauptung Rudorff's zu Puchta §. 114. Not. b, „daß der Ungeborne allerdings schon eine Persönlichkeit, jedoch nur eine juristische, wie die hereditas habe, und daß insofern mit der Geburt nur der Mensch, nicht die Person beginne", wird durch die angeführten Quellenaussprüche nicht begründet. So lange das Kind noch im Mutterleibe ist, hat es schlechthin gar keine Persönlichkeit, und wird es todt geboren, so ist in keinem Augenblicke eine Person dagewesen, l. 129. de V. S. („Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia nunquam

liberi appellari potuerunt"). Wird aber das Kind lebendig geboren, so wird dann allerdings rückwärts angenommen, daß es auch schon während der Schwangerschaft in rebus humanis gewesen sei (daher z. B. die Möglichkeit des Erbewerbens für den im Augenblick des Todes des Erblassers Konzipirten, daher die Nothwendigkeit der Bedenkung des Postumus u. s. w.), und damit hängt zusammen, daß auch schon während der Schwangerschaft eine eventuelle Berücksichtigung dieser Persönlichkeit Statt findet, vgl. l. 3. si pars hered. pet. (5, 4): „Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut *in tempus nascendi* omnia ei jura integra reservarent".

3) *Justinian.* l. 3. C. de postum. hered. instit. (6, 29): Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. Cum igitur is, qui in ventre portabatur, praeteritus fuerat, qui si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faceret: si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum posset? Et veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. Cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus esset, et si vocem non emisit, rumpi testamentum, apparetque, quod, et si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat: eorum etiam nos laudamus sententiam, et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, nihilominus testamentum rumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium.

4) *Ulp.* l. 12. pr. de lib. et post. (28, 2): Quod dicitur, filium natum rumpere testamentum, natum accipe, *etsi exsecto ventre editus sit,* nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate. Vgl. auch l. 6. pr. de inoff. test. (5, 2), l. 1. §. 5. ad SC. Tertull. (38, 17), l. 141. de V. S. Daß in solchem Falle die Frau geboren habe, konnte man freilich nicht sagen, und die daran geknüpften Folgen konnten also nicht eintreten, l. 132. §. 1. de V. S.: Falsum est, *eam peperisse,* cui mortuae filius exsectus est. Andre Vereinigungs-Versuche s. bei Glück a. a. O. S. 78. Not. 16, bei *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 141. cit. VII. p. 734 sq., Savigny S. 7. Not. e.

5) *Paul.* l. 14. h. t.: Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstrosum aliquid vel prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus, et ideo inter liberos connumerabitur. (Um die Nachtheile der Kinderlosigkeit von den Eltern abzuwenden, genügten aber auch monströse Geburten, l. 135. de V. S., vgl. Glück a. a. O. S. 74 fgg. und die dort in Not. 10. zahlreich Angeff., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. VII. p. 731 sq., Savigny S. 10. Not. r).

Anm. Es ist eine für Kriminal- wie für Zivilrecht gleich wichtige Frage, ob die Fähigkeit, außer Mutterleibe fortzuleben (s. g. Lebensfähigkeit oder Vitalität), nothwendige Bedingung sei, um als Mensch anerkannt zu werden, oder ob das blose Leben schon hinreiche? Die gewöhnliche Meinung, welcher noch jetzt viele Zivilisten (vgl. z. B. Glück II. S. 83, XXVIII. S. 131, Schweppe, Hdb. §. 59, Göschen, Vorles. §. 33, Warnkönig in Roßh. Zeitschr. II. S. 442 fgg.) und die bei Weitem meisten Kriminalisten (die hiervon gewöhnlich in der Lehre vom infanticidium handeln) folgen, nimmt das Erstre an und verlangt namentlich, ein Kind müsse wenigstens 181 Tage nach der Konzeption geboren sein. Die innern Gründe, die man hierfür anführt, und die sich darauf zurückführen lassen, daß das Leben eines noch nicht ausgetragenen Kindes ein bloses Scheinleben sei, beweisen offenbar zu viel, und darum gar nichts, denn das zwar ausgetragene, aber kurz nach der Geburt gestorbene Kind hat doch gewiß nicht weniger ein Scheinleben, und doch bezweifelt Niemand die Rechtssubjektivität eines solchen Kindes. Offenbar liegt diesem Argument eine Verwechslung des zur Rechtsfähigkeit, also zur Persönlichkeit allein erforderlichen physischen Lebens mit dem philosophischen Begriff von Leben, dem Leben mit Bewußtsein, zu Grunde. Wo möglich noch schwächer sind die für jene gewiß unnatürliche Ansicht angeführten gesetzlichen Argumente. Besonders nämlich zieht man hierher die bekannten Aussprüche der l. 12. de statu homin. und der l. 3. §. 12. de suis et legit. (38, 16), aber hier ist nur gesagt: „ein Kind, welches am 182ten Tage nach der Ehe oder nach der Manumission der Mutter geboren ist, soll als ein eheliches, und resp. als ein von einer Freien konzipirtes präsumirt werden", woraus doch offenbar nicht folgt, daß ein vor dem 182ten Tage nach der Zeugung geborenes Kind als ein rechtlicher abortus angesehen werden müsse. Ferner führt man noch l. 2. und l. 3. C. de postum. hered. instit. (6, 29) an. In der ersten Stelle heißt es nun freilich, durch einen abortus könne das Testament des Vaters nicht rumpirt werden; daß aber ein wirklich lebendes und mit menschlicher Bildung versehenes Kind darum ein abortus sei, weil es vor dem 182ten Tage nach der Konzeption geboren worden, ist weder dort, noch in einem andern Gesetze gesagt. Und, wenn es endlich in l. 3. C. cit. (T. 3.) heißt, ein gestorbenes Kind müsse, um als gewesenes Rechtssubjekt zu gelten, perfecte natus gewesen sein, so soll damit offenbar nicht die Lebensfähigkeit bezeichnet werden, sondern nur, das Kind

müsse, ehe es gestorben sei, völlig von der Mutter geschieden gewesen, es dürfe also nicht während des Geburtsakts selbst gestorben sein. (Wie dieses Letztre jetzt von Sintenis I. §. 13. Not. 4. geleugnet werden kann, ist mir bei dem ganz unzweideutigen Ausspruch der l. 3. cit. nicht wohl begreiflich). Die Kriminalisten pflegen sich noch für ihre Ansicht besonders auf die Ausdrücke der P. G. O. Art. 131. „lebendiges gliedmäßiges Kindlein", „Kind, das Leben und Gliedmaaß empfangen hätt" zu berufen. Aber gewiß dachte Karl hierbei nicht an unsern Begriff von Lebensfähigkeit, sondern er wollte nur die Tödtung monströser Geburten von dem Thatbestand des infanticidium ausschließen, und schon Remus übersetzt jene Worte richtig mit „foetus vivus forma naturae congruente praeditus", „infans vivus membris distinctis praeditus". — Das Resultat ist also: da die Gesetze nirgends mehr verlangen, als daß ein Kind mit menschlicher Bildung versehen und lebend zur Welt gekommen sei, so ist die weitere Annahme, daß auch noch Vitalität hinzukommen müsse, durchaus willkührlich, und zwar um so mehr, da auch kein in der Natur der Sache liegender Grund dafür angeführt werden kann. Vgl. auch l. 12. §. 1. de liber. et postum. hered. inst. (28, 2): Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? Et hoc tamen rumpit. Erwägt man nun noch überdies, daß die ganze Lehre von den 182 Tagen offenbar unpraktisch ist, indem der Tag der Zeugung juristisch gar nicht festgestellt werden kann, so darf man sich darüber freuen, daß in der neueren Zeit die Mehrzahl der Zivilisten sich gegen dieselbe erklärt hat, vgl. z. B. Seuffert, Erörtr. I. S. 150 fgg., Dähne in Elver's Themis II. S. 356 fgg., Fritz, Erl. zu Wening I. S. 133 fgg., Kierulff, Theorie I. S. 87. Not., Savigny, Syst. II. Beil. 3. S. 385 fgg., Holzschuher, Theorie I. S. 238 fgg., und die Lehr- und Handbücher von Wening §. 58, Thibaut §. 121, Mühlenbruch §. 177. Not. 2, Boecking I. §. 32, Sintenis I. §. 13. Not. 8, Burchardi II. §. 22, Brinz §. 15, Keller §. 19. Eine mittlere Meinung, aber ohne gesetzlichen Grund, vertheidigen jetzt Schilling, Lehrb. I. §. 25. und Puchta in Richter's Jahrb. 1840. S. 680 fgg. und im Lehrb. §. 114, indem sie zwar das Erforderniß der Vitalität annehmen, aber ohne alle Rücksicht auf die 182 Tage.

B. Von dem Aufhören der physischen Persönlichkeit durch den Tod. §. 33.

1) *Marcian.* l. 18. pr. de reb. dub. (34, 5): — — — si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse.

2) *Tryphonin.* l. 9. §. 4. eod.: Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intelligitur supervixisse filius patri, et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus ejus defertur, nisi

contrarium approbetur. Quodsi impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur.

3) *Tryphonin.* l. 9. pr. eod.: Qui duos impuberes filios habebat, ei, qui supremus morietur, Titium substituit; duo impuberes simul in nave perierunt; quaesitum est, an substituto et cujus hereditas deferatur? Dixi: si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus; in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. In proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, quia, quum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur, an vero neutri, quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumitur? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit; nam et qui unicum filium habet, si supremum morienti substituit, non videtur inutiliter substituisse, et proximus agnatus intelligitur etiam, qui solus est, quique neminem antecedit, et hic utrique, quia neutri eorum alter superstes fuit, ultimi primique obierunt. (Die grammatische Schwierigkeit in dem Satze: in proposita autem quaestione rel. kann doch wohl nur durch eine Textveränderung gehoben werden. Ueber die verschiedenen Versuche vgl. *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. V. p. 468, Mühlenbruch und Schilling im civ. Arch. IV. S. 415 fgg., *Gaedcke,* de jure commorientium p. 90 sqq. not. 97. Sehr ansprechend ist die Meinung von *Rucker* ad leg. 6. §. 1. quemadm. serv. amitt. L. B. 1751. sect. II. fin., in Oelr. thes. vol. I. tom. 1. p. 303. not., welcher Statt: *quia,* quum neutri rel. lies't: *quaeritur, an,* quum neutri rel., und dies dadurch rechtfertigt, daß aus dem abgekürzten *q. an* leicht quia habe entstehen können. Das Natürlichste ist aber gewiß, anzunehmen, daß hinter: ubi simul perierunt die Worte: ***num utrique heres sit*** durch Zufall ausgefallen sind; vgl. auch Arndts Lehrb. §. 27. Anm. 2).

Anm. 1. Wenn Jemand verschollen ist, so entsteht das unabweisliche Bedürfniß, einen bestimmten Moment für seinen Tod anzunehmen, damit darnach namentlich die Vermögens-Verhältnisse desselben regulirt werden können. In den Gesetzen findet sich hierüber keine bestimmte Entscheidung, denn die Tabelle in l. 68. ad leg. Falcid. (35, 2) hat einen ganz speziellen Zweck, und wenn in andern Stellen 100 Jahre als das höchst mögliche Lebensalter eines Menschen erwähnt werden, l. 56. de usufr. (7, 1), so kann auch dies wohl schwerlich zum Zweck einer Todesvermuthung benutzt werden. Es hat sich daher in der Praxis,

unabhängig von den Gesetzen, aber mit Rücksicht auf Ps. 90. V. 1 die Meinung festgestellt, daß die Todesvermuthung eines Verschollenen mit der Vollendung des 70ten Lebensjahrs eintrete, wo aber doch erst noch eine Ediktalladung und eine Todeserklärung von Seiten des Richters folgen muß, vgl. Glück XXXIII. §. 1397. e. Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. IV. (1836) S. 364 fgg., und vor Allen Bruns im Jahrb. des gem. deutschen Rechts Bd. I. (1857) Nr. 5, bes. S. 103 fgg. 123 fgg. 147 fgg. 174 fgg. 198 fgg. So allgemein dies auch anerkannt ist, so ist man doch über den Zeitpunkt, von welchem an die Folgen des Todes eintreten sollen, also namentlich über den Moment der Erbschafts-Delation, sehr uneinig. Früher nahmen nicht Wenige an, man müsse, wenn einmal die Todeserklärung erfolgt sei, den Tod rückwärts vom Augenblicke der Verschollenheit an datiren (s. g. successio ex tunc), wobei man sich noch vorzugsweise auf l. 10. pr. de captiv. et postlim. (49, 15): pater, qui non rediit, jam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est, zu berufen pflegte, vgl. z. B. außer vielen Aelteren Böhmer, Rechtsfälle Bd. III. S. 7 fgg., Hagemann, prakt. Erörtr. Bd. V. S. 223 fgg. Wie so ganz irrig dies aber sei, und wie wenig man sich dafür auf l. 10. cit. berufen könne, wird jetzt allgemein anerkannt, vgl. auch l. 4. C. de postlim. revers. (8, 50), und man streitet h. z. T. nur noch darüber, ob der Augenblick des vollendeten 70ten Jahrs, wie z. B. Seuffert, Erörtr. I. S. 53 fgg., Schweppe, Handb. I. S. 148, Thibaut in Braun's Erörtr. S. 455, Glück a. a. O. S. 296 fgg., Heise und Cropp, jurist. Abh. Th. II. S. 139, Pfeiffer a. a. O. S. 371 fgg., Savigny II. S. 18 fgg., Merkel in Weiske's Rechtslex. XI. S. 421 fgg. u. A. m. annehmen, oder vielmehr der des richterlichen Dekrets entscheide, was vorzüglich Gesterding, Nachforschungen Th. I. S. 338 fgg. vertheidigt, vgl. auch Eichhorn, Einleitung in das d. P. R. §. 327 und Mittermaier, Grunds. des gem. deutsch. Privatr. 7. Aufl. §. 448. Wenn man bei dieser Streitfrage, die erst in der neueren Zeit entstanden ist, blos allgemeine Gründe der Zweckmäßigkeit und Rechtskonsequenz in's Auge faßt — und dies ist der gemeinsame Fehler fast aller angeführter Schriftsteller — so läßt sich für jede der beiden Meinungen recht viel Scheinbares vorbringen, und es ist nicht ohne Bedenken, von diesem Standpunkte aus die eine der andren vorzuziehen. In der That hat aber die heutige gemeinrechtliche Lehre von der Verschollenheit ihre positive Grundlage lediglich in der Doktrin und Praxis der vorigen Jahrhunderte, und die hier angedeutete Streitfrage kann also niemals durch Argumentationen a priori ihre Lösung finden, sondern nur durch eine sorgsame historische Untersuchung darüber: in welchem Sinne die deutsche Praxis die Ediktalien und die richterliche Todeserklärung aufgefaßt habe? Eine solche Untersuchung hat jetzt Bruns in der angef. Abh. angestellt, und das m. E. ganz unzweideutige Ergebniß derselben ist, daß allerdings schon der Augenblick des vollendeten 70. Jahrs als der entscheidende angesehen werden muß. Diese Todesvermuthung hatte sich nämlich schon lange fixirt, ehe nur überhaupt Ediktalien aufkamen, und nachdem diese ziemlich spät — (erst in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts) — gewöhnlich geworden waren, so wurden dieselben doch niemals als Voraussetzung für die Todes-Vermuthung aufgefaßt, sondern nur als Versuche,

den Verschollenen für den trotz der schon begründeten Todes-Vermuthung doch immer noch gedenkbaren Fall des Lebens zu einer Kundgebung zu veranlassen, und das mit diesen Ediktalien verbundene Präjudiz ging daher auch niemals darauf, daß nach Ablauf der Frist der Verschollene für todt erklärt, sondern nur darauf, daß das zurückgelassene Vermögen desselben an die Erben ausgehändigt werden solle. In der Regel wurde sogar in der Ediktalladung selbst die bereits begründete Todesvermuthung noch besonders ausgedrückt: „Nachdem der N. N. das 70. Jahr erreicht und mithin *pro mortuo* zu achten, als wird derselbe, baferne er noch am Leben sein sollte, citirt" u. s. w. Vgl. bes. Bruns a. a. O. S. 174 fgg. — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die Todesvermuthung des Verschollenen nur eine einfache **juris praesumtio** ist, und wird also namentlich nachher ein bestimmter Beweis über den wirklichen Zeitpunkt des Todes erbracht, so muß der Erbschafts-Anfall nach diesem, nicht aber nach dem Augenblick des vollendeten 70. Lebensjahrs bestimmt werden.

Anm. 2. Es ist nicht selten von großem praktischem Interesse, zu wissen, welche von zwei Personen früher verstorben sei, als die andere, und man denke nur in dieser Beziehung an den Fall, wenn die beiden fraglichen Personen sich gegenseitig beerben, eine jede von ihnen aber wieder andre gesetzliche Erben hat, oder wenn von dem Ueberleben der einen Person die Wirksamkeit gewisser vertragsmäßiger oder letztwilliger Dispositionen abhängt. Man vgl. hierüber besonders Mühlenbruch im ziv. Arch. **IV.** S. 391 fgg. und *Gaedcke,* **de jure commorientium. Rostock 1830.** Vor allen Dingen ist natürlich darauf zu sehen, ob nicht der frühere oder spätere Tod des Einen bewiesen werden kann, und hierbei ist auch künstlicher Beweis, namentlich aus medizinischen Gründen nicht ausgeschlossen. Nur darf man dabei nicht in den, leider sehr häufigen, Fehler fallen, blose Wahrscheinlichkeiten als Beweis gelten zu lassen, und so ist es z. B. durchaus unzulässig, wenn man früher oft annahm, daß der Aeltere vor dem Jüngern gestorben sei (eine Meinung, wofür man sich sehr mit Unrecht auf **l. 15. pr. de inoff. test. (5, 2)** zu berufen pflegte), daß der Stärkere den Schwächern überlebt habe, was auch noch Gaedcke a. a. O. S. 37 fgg. als Hauptgrundsatz aufstellt, daß also namentlich regelmäßig der frühere Tod des Weibes vor dem Manne zu präsumiren sei u. dgl. m. Ist aber ein wahrer Beweis in dem konkreten Falle nicht möglich, so ist

1) für einen Fall eine **praesumtio juris** begründet, nämlich: wenn Aszendenten und Deszendenten zusammen eines s. g. unnatürlichen Todes gestorben sind, z. B. bei einem Schiffbruch, zur Pestzeit, im Kriege u. s. w., so soll das unmündige Kind als vor, das mündige aber als nach dem Aszendenten verstorben angesehen werden, T. 2. vgl. mit **l. 9. §. 1. de reb. dub.** (in welchem Falle offenbar ein filius *miles*, also gewiß ein mündiges Kind supponirt wird), **l. 16. pr., l. 22, l. 23 eod., l. 26 pr. de pact. dotal. (23, 4).** — Mühlenbruch a. a. O., dem z. B. Wening §. 58 ganz folgte, stellt freilich diese Präsumtion in mehrfacher Beziehung weiter dar, als sie in unsern Gesetzen vorkommt, denn einmal beschränkt er dieselbe nicht auf einen gleichzeitig über Mehrere hereinbrechenden unnatürlichen Tod, sondern faßt sie ganz allgemein auf, und dann will er den ersten Satz nicht auf Aszendenten und

Deſzendenten beſchränkt wiſſen, ſondern es ſoll allgemein der frühere Tod des Unmündigen präſumirt werden. Es iſt dies jedoch gewiß nicht zu billigen, denn jede **praesumtio juris** iſt ein **jus singulare**, welches bekannten Grundſätzen nach eine analoge Ausdehnung nicht zuläßt. Wenn aber Mühlenbruch S. 401 noch für ſich anführt, daß die Römer wahrſcheinlich bei Aufſtellung jener Präſumtion von dem Erfahrungsſatz ausgegangen wären, daß von einer gewiſſen Zahl von Gebornen die Meiſten wieder innerhalb der Unmündigkeit verſterben, ſo iſt dies offenbar ungehörig; denn jener Erfahrungsſatz würde zwar wohl entſcheiden können, wenn es ſich um die Frage handelte, ob der Mündige oder Unmündige als verſtorben anzuſehen ſei, aber er iſt ganz irrelevant bei unſerer Frage, wobei der Tod beider gewiß, und nur ungewiß iſt, wer vor-, wer nachher verſtorben ſei. Mit Recht erklären ſich daher auch die Meiſten gegen Mühlenbruch, vgl. z. B. Glück, Inteſtaterbf. S. 11 fgg., Mackeldey §. 141, Thibaut §. 122, Schweppe I. S. 150, Schilling II. §. 25. Zuſ. 2, Kierulff I. S. 89 fgg., Savigny II. S. 20 fgg., Puchta §. 115, Boecking I. §. 32, Sintenis I. S. 95 Not. 11, Arndts §. 27, Merkel in Weiſke's Rechtslex. XI. S. 423, Keller §. 20. u. A. m. — Von dieſer **praesumtio juris** gibt es jedoch zwei Ausnahmen zu Gunſten des Patronatrechts und der Fideikommiſſe, **l. 9. §. 2. de reb. dub., l. 17. §. 7. ad SC. Trebell. (36, 1).**

2) Kann kein Beweis erbracht werden, und hilft auch die eben angegebene **praesumtio juris** nicht aus, ſo kann nur das Prinzip entſcheiden, was Marcian in T. 4. angibt, daß man nämlich keinen als vor dem Andern verſtorben annehmen könne, d. h. wenn zum Eintritt einer beſtimmten rechtlichen Folge nothwendig vorausgeſetzt wird, daß die eine Perſon die andere überlebt habe, ſo kann dieſelbe nicht Platz greifen. In der That finden ſich auch vielfache ſehr unzweideutige Anwendungen dieſes Grundſatzes in unſern Quellen, vgl. z. B. **l. 9. §. 3, l. 16. §. 1, l. 17, l. 18 pr. de reb. dub., l. 34 ad SC. Trebell. (36, 1), l. 32. §. 14. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1)**, vgl. mit **l. 8. de reb. dub., l. 26. de mort. c. donat. (39, 6).** Nur verſteht es ſich, daß auch wirklich bei der Entſcheidung des konkreten Falls auf den frühern oder ſpätern Tod einer Perſon nach dem wahren Sinn der zu Grunde liegenden Dispoſition etwas ankommen muß, und daraus erklärt ſich leicht die vielbeſprochene (vgl. Mühlenbruch S. 413 fgg. und die da Angeff.) **l. 9. pr. de reb. dub.**, wornach, wenn Jemand den Titius dem zuletzt Sterbenden ſeiner unmündigen Söhne **pupillariter** ſubſtituirte, und nun beide Kinder zuſammen verſterben, Titius Beiden ſuccediren ſoll. Dieß muß offenbar darum angenommen werden, weil die Abſicht des Teſtators durchaus darauf gerichtet iſt, dem Titius auf den Fall, daß ſeine Kinder in der Unmündigkeit verſtürben, das Ganze zuzuwenden; denn, da Unmündige kein Teſtament machen können, ſo würde auch im Falle des Hintereinander-Sterbens die Erbſchaft Beider in die Hände des Titius gekommen ſein.

C. Die römisch-rechtliche Lehre von den status und capitis deminutiones, und deren heutige Anwendbarkeit §. 34.

Dig. IV. 5. de capite minutis. — Inst. I. 16. de capitis deminutione.

1) *Paul.* l. 11. h. t.: Capitis deminutionis tria genera sunt, maxima, media, minima; tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam. Igitur quum omnia haec amittimus, hoc est, libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem; quum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem; quum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.

2) §. 5. J. h. t.: Quibus autem dignitas magis, quam status permutatur, capite non minuuntur, et ideo Senatu motum capite non minui constat.

Anm. 1. — 1) Damit der Mensch volle Rechtssubjektivität habe, müssen, außerdem, daß er als Mensch existirt (§. 32), noch andere juristische Voraussetzungen (die s. g. *status* im engern Sinn, vgl. Feuerbach, zivil. Vers. Nro. 6, v. Löhr, Mag. IV. Nro. 1, Savigny, Syst. II. S. 443 fgg.) eintreten, und zwar werden uns deren drei aufgeführt:

a) Jeder Mensch ist in Betreff des Physischen an ihm Objekt des Eigenthumsrechts, und zwar steht er entweder in dem Eigenthum eines Andern, oder er hat sich selbst im Eigenthum. Im ersten Falle ist er Sklave, und gilt eben damit juristisch als Sache, nicht als Person, was so weit geht, daß er selbst dann, wenn er von seinem bisherigen Eigenthümer derelinquirt wird, nicht frei, sondern eine res nullius wird, und also dem Okkupanten zufällt, arg. leg. 38. §. 1. de noxal. act. (9, 4), l. 8. pro derelicto (41, 7), l. 36. de stipul. servor. (45, 3). Soll also ein Mensch überhaupt als Rechtssubject in Betracht kommen, so muß er frei sein, d. h. er muß in seinem eignen Eigenthum stehen, er muß sein eigner Herr sein (vgl. Pers. Sat. V. v. 88. Dion. Halic. II. 27, vgl. mit meiner Abh. über die Latini Juniani. Marburg 1833. S. 67 fgg.), sei es nun, daß er dieses von seiner Geburt an war (ingenuus), oder daß er das Eigenthum über sich selbst von seinem frühern Herrn erst erworben hat (libertinus). Der *status libertatis* stellt sich demgemäß als die Grundbedingung aller juristischen Persönlichkeit heraus.

b) Wie aber das Eigenthum überhaupt bei den Römern sich eintheilte, in bürgerliches (dominium ex jure Quiritium) und natürliches (das in bonis esse, s. g. bonitarisches Eigenthum), so war dies auch bei dem Eigenthum, welches Jemand über sich selbst hatte, der Fall. Man hatte nämlich sich selbst entweder im bonitarischen Eigenthum, und dies war bei allen Nichtbürgern der

Fall, oder man hatte sich selbst im Quiritarischen Eigenthum, und war eben damit civis Romanus. Daß dieses aber wirklich der Grundcharakter der römischen Zivität war, darf bei genauerer Betrachtung nicht bezweifelt werden, und geht namentlich auf das Entschiedenste aus dem Institut der iteratio hervor, vgl. meine angef. Abh. a. a. O. und S. 147 fgg. Hatte nun Jemand blos das natürliche Eigenthum über sich selbst, so konnte er eben darum auch nur die Gerechtsame des jus gentium für sich in Anspruch nehmen, und blos, wenn er sich selbst im quiritarischen Eigenthum hatte, d. h. wenn er civis Romanus war, konnten die eigenthümlich römischen Rechtsverhältnisse für ihn anwendbar sein, mit andern Worten: der *status civitatis* war die Grundbedingung aller bürgerlichen Persönlichkeit.

c) Es stand aber der römische Bürger nicht blos in der großen Gesammtheit aller freien Menschen, wodurch er überhaupt zum Rechtssubjekt wurde, und in der engern Gemeinschaft der cives Romani, wodurch er bürgerliche Persönlichkeit erhielt, sondern er stand auch in dem noch engern Kreis der familia, wobei man sich nur hüten muß, an das durch Blutsverwandtschaft hervorgerufene Verhältniß zu denken, sondern man darf dabei blos das Agnations-Verhältniß zu Grunde legen, vgl. I. 195. §. 2. fin. de V. S., und auch das ist hierbei noch zu bedenken, daß dabei nicht nothwendig mehrere Personen vorausgesetzt werden, sondern auch der Alleinstehende, z. B. der emancipatus „propriam familiam habet“, l. 195. cit. Jeder römische Bürger hatte demnach als solcher auch den *status familiae*, welcher als Grundbedingung einer Reihe höchst wichtiger Rechte (man denke nur z. B. an das Erbrecht) den allgemeinen status civitatis ergänzt. Hieraus geht übrigens auch von selbst hervor, daß der status familiae, getrennt von dem status libertatis oder civitatis, nicht verloren, sondern nur vertauscht werden kann, indem jeder Bürger als solcher in einer Familie, und sollte es auch nur seine eigene sein, stehen muß.

2) Auf diese drei status beziehen sich nun die drei Arten der *capitis deminutio*, von denen die maxima und media hier übergangen werden können. Was aber die so sehr häufig mißverstandene (zum Beleg mögen hier die beiden neuesten Monographieen dienen, nämlich *a Seckendorff*, diss. de minima capit. deminut. Colon. 1828. und *Simson*, exercitatio ad leg. 11. Dig. de capite minutis Regim. 1835) capitis deminutio minima anbelangt, so ist dieselbe einfach als das Heraustreten aus dem bisherigen Agnationsnexus zu charakterisiren, wobei nur natürlich vorausgesetzt wird, daß Freiheit und Zivität bestehen bleiben. Vgl. Gans, Scholien zu Gaius S. 218 fgg., v. Löhr a. a. O. S. 8 fgg., Zimmern Rg. I. §. 229. Sie kommt im Justinianischen Rechte noch in folgenden Fällen vor: 1) stets, wenn ein homo sui juris, alieni juris wird, also im Fall der arrogatio, legitimatio und revocatio in patriam potestatem propter ingratitudinem; 2) wenn ein homo alieni juris, als solcher in eine andre Familie eintritt, was bei denjenigen vorkommt, die in eine plena adoptio gegeben sind, und bei den Kindern eines arrogatus, legitimatus oder in patr. pot. revocatus; 3) endlich, wenn

Jemand durch (freiwillige oder gezwungene) Emanzipation aus einem homo alieni juris ein homo sui juris wird, denn geschieht dies auf andere Art, z. B. durch Ehrenstellen, oder durch den Tod des paterfam., so tritt keine capit. demin. ein, und der bisherige Agnationsnexus bleibt vollkommen bestehen, l. 195. §. 2. fin. de V. S. Nov. 81. c. 2. (Natürlich blieb auch nach altem Rechte das alte Agnations-Verhältniß bestehen bei dem filius, welcher flamen Dialis, und bei der filia, welche Vestalin wurde, obwohl dieselben eo ipso aus der väterlichen Gewalt heraustraten, Gell. N. A. I. 12. Daß dieses Simson cit. S. 44 fgg. verkennt, indem er auch in diesen Fällen ein Heraustreten aus dem bisherigen Agnations-Verband annimmt, ungeachtet keine capit. dem. eingetreten sei, mag wohl der Hauptgrund sein, weshalb er sich in den so einfachen Begriff der capit. dem. min. nicht finden konnte, und zu völlig ungenügenden und bodenlosen Konjekturen, S. 60 fgg., seine Zuflucht nahm). —

Ich habe die ganze obige Darstellung völlig unverändert aus den früheren Auflagen in die neueren herübergenommen, obwohl seitdem Savigny Syst. II. S. 60 fgg. und Beil. VI. S. 443 fgg. in einer geistreichen und scharfsinnigen Ausführung eine neue Theorie entwickelt hat, deren wesentliche Resultate freilich schon in der oben angeführten Dissertation von Seckendorff enthalten sind. So anziehend und in vielen Beziehungen lehrreich aber auch diese neue Darstellung ist, so steht sie doch in so entschiedenem Widerspruche mit unsren Quellen, daß sie schwerlich zahlreiche Anhänger finden dürfte, vgl. auch dagegen Puchta in den krit. Jahrb. 1840. S. 687 fgg. und im Kurs. der Institut. Bd. II. §. 220, Boecking I. §. 58, Scheurl, Beiträge I. S. 232 fgg., Zielonacki, drei Abhandl. Lüneb. 1859. S. 78 fgg. Die Grundzüge der Savigny'schen Ansicht sind folgende:

Das Charakteristische einer jeden capitis deminutio ist die Degradation eines Menschen in Beziehung auf seine Rechtsfähigkeit. Auf die Rechtsfähigkeit sind aber drei Verhältnisse von bestimmendem Einflusse, Freiheit, Zivität und Unabhängigkeit von Familiengewalt, und in Beziehung auf jedes dieser drei Verhältnisse lassen sich wieder drei Stufen unterscheiden, nämlich in Beziehung auf Freiheit: ingenui, libertini, servi; in Beziehung auf Zivität: cives Romani, Latini, peregrini; in Beziehung auf Familiengewalt: homines sui juris, filiifamilias und uxores in manu, homines qui in mancipio sunt. Kommt nun eine Degradation in Beziehung auf Freiheit vor, wird also in diesem Verhältniß ein Mensch von einer höheren auf eine niedere Stufe herabgesetzt, so ist eine capitis deminutio *maxima* vorhanden. Kommt eine solche Degradation in Beziehung auf die Zivität vor, wird also ein Römer Latinus oder peregrinus, oder wird ein Latinus zu einem peregrinus degradirt, so ist dies eine cap. dem. *media.* Und kommt endlich eine solche Degradation in Beziehung auf die Familiengewalt vor, so ist eine cap. dem. *minima* vorhanden, welche demnach in folgenden zwei, aber auch nur in folgenden zwei Fällen Platz greift

erstlich, wenn ein homo sui juris in eine patria potestas oder eine manus kommt; da er in ein mancipium nicht kommen kann, so fällt dieser noch gedenkbare Fall von selbst aus;

zweitens, wenn ein Hauskind oder eine Frau in manu in das mancipium kommt, und aus diesem Grunde wird denn auch durch emancipatio und datio in adoptionem eine capit. dem minima begründet.

So weit Savigny. In Betreff der cap. dem. maxima und media stimmt im Wesentlichen die neue Theorie mit der herrschenden Lehre überein, nur etwa mit der Ausnahme, daß Savigny eine cap. dem. media auch dann annimmt, wenn ein Latine zum Peregrinen wird, ein Satz, von welchem unsre Quellen nichts wissen. Was dagegen die capitis dem. *minima* anbelangt, so weicht Savigny's Ansicht sehr wesentlich von der bisher gewöhnlichen Lehre ab, und zu ihrer näheren Würdigung mögen folgende Bemerkungen dienen:

1) Unsre Ansicht, wornach die cap. dem. minima sich einfach als das Heraustreten eines Bürgers aus dem bisherigen Familien-Verbande darstellt, wird in mehreren Quellen-Zeugnissen auf das Bestimmteste ausgesprochen. So definirt Paulus in L. 1. die cap. dem. minima: „quum et libertas et civitas retinetur, *familia tantum mutatur*", und eben so sagt derselbe in l. 3. pr. h. t.:

> „Liberos, qui arrogatum parentem sequuntur, placet minui caput, quum in aliena potestate sunt, et *quum familiam mutaverint*",

und in l. 7. pr. eod.:

> „Tutelas etiam non amittit *capitis minutio* — — —. Sed legitimae tutelae ex duodecim tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse *familia mutati*".

Freilich behauptet dagegen Savigny, diese Stellen enthielten „nur einen mißlungenen Versuch des Paulus, die dreifache capit. dem. auf eine rationelle Weise zu begründen", und wir dürften darauf um so weniger Gewicht legen, als in andren Stellen, abweichend von Paulus, das wahre Wesen der cap. dem. minima angedeutet werde, nämlich von Ulpian fragm. XI. 13:

> „Minima cap. dem. est, per quam et civitate et libertate salva, *status duntaxat hominis mutatur*"

und von Justinian in §. 3. J. h. t.:

> „Minima cap. dem. est, cum et civitas et libertas retinetur, *sed status hominis commutatur*",

welche letztre Stelle wohl ohne Zweifel wörtlich aus dem nicht ganz leserlichen §. 162 des 1. Buchs der Institutionen des Gaius entlehnt sei. Ich muß aber offen gestehen, daß es mir nicht hat gelingen wollen, aus diesen Stellen den von Savigny behaupteten Dissens zwischen Paulus auf der einen, und Gaius und Ulpian auf der andren Seite herauszufinden, und noch viel weniger, in den Definitionen dieser Letztren den Savigny'schen Begriff zu entdecken. Das wahre Verhältniß dieser verschiedenen Stellen ist vielmehr gewiß, daß ganz dasselbe, was Paulus bestimmt und scharf ausspricht, in den andren Stellen etwas weniger scharf, aber doch vollkommen deutlich, ausgesprochen wird; und unter diesen Umständen erscheint es mir mehr als gewagt, einen Begriff von cap. dem. minima aufzustellen, der durch kein einziges Zeugniß unterstützt

wird, wohl aber mit ganz unzweideutigen Quellen-Aussprüchen in offenem Widerspruch steht.

2) Wie der neue Begriff selbst, so können auch die einzelnen Folgerungen, welche aus demselben gezogen werden müssen, mit unsren Quellen nicht vereinigt werden.

a) Nach Savigny erleiden die Kinder eines **arrogatus**, welche zusammen mit ihrem bisherigen Gewalthaber in die **potestas** und die **familia** des **pater arrogator** eintreten, keine **cap. deminutio**, weil hier ja, ungeachtet der **familiae mutatio**, von einer Degradation im Savigny'schen Sinne keine Rede sein kann. Das gerade Gegentheil sagt aber Paulus in der oben abgedruckten **l. 3. pr h. t.**, und zwar ganz und gar nicht schüchtern, wie Savigny meint, sondern sehr bestimmt und entschieden *(„placet")*, so daß ich es für äußerst unwahrscheinlich halten muß, daß dies blos eine individuelle Meinung von Paulus gewesen sei, und zwar um so mehr, da sich auch keine Spur einer entgegengesetzten Lehre in unsren Quellen vorfindet.

b) Nach Savigny wurde durch **conventio in manum** nur dann eine **cap. dem.** herbeigeführt, wenn die Frau **sui juris** war, aber nicht auch dann, wenn eine Haustochter in die Manus kam. Ohne diese Unterscheidung auch nur entfernt zu berühren, wird dagegen in den Quellen ganz allgemein die **cap. deminutio** als Wirkung der **coemtio** angeführt, **Gai. I. 162, IV. 38, Ulp. XI. 13, Cic. Top. c. 4.** vgl. mit **Gai. I. 115a.**

c) Nach Savigny wurde durch Emanzipation und durch **datio in adoptionem** nur aus dem Grunde eine **capit. dem. min.** begründet, weil es zur wesentlichen Form dieser Rechtsgeschäfte gehörte, daß das Hauskind zuerst in das Manzipium gebracht wurde, und eine wesentliche Konsequenz dieser Ansicht ist die, daß mit dem Wegfallen dieser Form auch die **cap. dem.** weggefallen sein müsse. Bekanntlich wird aber noch im Justinianischen Rechte diese Wirkung der Emanzipation fortdauernd angenommen, vgl. z. B. **§. 3. J. h. t.** [**„vel contra"**], **l. 3. §. 1, l. 9.** vgl. mit **l. 8. fin. h. t.** u. a. m., und die Aufnahme solcher Stellen müßte also wieder nur der Kurzsichtigkeit der Kompilatoren zugemessen werden.

3) Eine vorzügliche Stütze für seine Ansicht findet Savigny in dem Verhältniß der Vestalinnen, indem auch er, ähnlich wie Simson (s. oben), aus *Gell.* **I. 12.** folgert, daß dieselben keine **cap. dem.** erlitten hätten, aber dennoch aus ihrem bisherigen Agnations-Verband herausgetreten wären, was, wenn es wahr wäre, allerdings mit unsrer Ansicht von **cap. dem. minima** nicht wohl vereinigt werden könnte. Aber ich muß die Richtigkeit dieser Folgerung noch fortwährend in Abrede stellen. Nachdem Gellius gesagt hat, daß eine Vestalin sogleich ohne Emanzipation und ohne **cap. deminutio** aus der väterlichen Gewalt trete, und das Recht, ein Testament zu errichten, erhalte, fährt er so fort:

> **„Praeterea in commentariis Labeonis quae ad XII. tab. composuit, ita scriptum est: Virgo Vestalis neque heres est cuiquam intestato neque intestatae quisquam, sed bona ejus in publicum redigi ajunt.** Id quo jure fiat, **quaeritur"**.

Daß hiernach die Vestalin Niemanden **ab intestato** beerbt, und von Niemanden **ab intestato** beerbt wird, glaubt Savigny blos dadurch erklären zu können, daß sie aus dem Agnaten-Verband herausgetreten sei. Erwägt man aber, daß die Alten selbst keinen rechten Grund für diese Eigenheit einsahen („**id quo jure fiat, quaeritur**", welche Worte sich doch gewiß auf den ganzen vorhergehenden Satz beziehen), und daß jedenfalls ein eben so nahe liegender Grund in dem gleichsam unmittelbaren Verhältniß der Vestalin zur Gottheit gefunden werden kann (vgl. auch Boecking, Pand. I. S. 217 fg.): so dürfte die Folgerung, welche Savigny für eine nothwendige erklärt, schwerlich begründet sein, und in keinem Falle gewährt die Stelle des Gellius ein irgend sicheres Argument dafür, daß die Vestalin wirklich aus ihrer Familie herausgetreten sei; s. auch Puchta, Kurs. der Instit. II. §. 220. Not. tt., Scheurl, Beiträge I. S. 263 fg., Zielonacki a. a. O. S. 51 fgg.

4) Großes Gewicht legt Savigny für seine Ansicht auf das Wort: **capitis** ***deminutio***, und auf den logischen Zusammenhang, welcher zwischen der **cap. dem.** ***minima*** auf der einen, und der **cap. dem.** ***media*** und ***maxima*** auf der andren Seite Statt finden müsse. Offenbar deute jenes Wort auf eine Veränderung zum Nachtheile, auf eine Minderung der Rechtssphäre, und wie bei der **cap. dem. maxima** und **media** anerkannter Weise eine solche Minderung der Rechtsfähigkeit begründet sei, so sei nichts natürlicher, als daß derselbe Begriff sich auch bei der **cap. dem. minima** wiederfinde. Dieses sei nun nach der neuen Ansicht vollkommen der Fall, während sich dies nach der herkömmlichen Lehre anders verhalte, und darum vermisse man hierbei denn auch allen innern Zusammenhang zwischen den verschiedenen Arten der **cap. deminutio**. — Ich will gegen diese Deduktion nicht einwenden, daß in unsren Quellen das Wesen der **cap. deminutio** nicht gerade in eine Verschlechterung des Zustandes gesetzt wird, sondern dieselbe vielmehr als eine ***mutatio*** **status** charakterisirt zu werden pflegt, vgl. z. B. **Gai. I. 159, Ulp. XI. 13, Paul. I. 7. §. 2, III. 6. §. 29, pr. §. 3. J. h. t., I. 1. h. t., I. 2. de in integr. rest. (4, 1), I. 9. §. 4. de minor. (4, 4), I. 28. C. de liberali causa (7, 16)**, und daß ein Argumentiren aus Worten immerhin, bestimmten Quellenzeugnissen gegenüber, etwas Mißliches hat. Ich will vielmehr die Prämissen Savigny's vollständig zugeben, ohne aber deßhalb den Folgerungen, die er daraus für seine und gegen unsre Ansicht macht, beistimmen zu können. Auch nach unsrer Ansicht ist nämlich mit jeder **cap. dem. minima** eine Minderung der Rechtssphäre nothwendig verbunden, indem ja offenbar durch das Heraustreten aus einem bestimmten Agnaten-Kreise alle die Rechte verloren gehen, für welche dieser Familiennexus die Grundlage bildet. Allerdings tritt an die Stelle der verlornen **familia** eine andre, die vielleicht dem Individuum weit größere Vortheile bietet; aber bei dem Begriff der **cap. deminutio** kommt überhaupt nur der nächste unmittelbare Verlust, nicht aber dasjenige in Betracht, was Statt des Verlornen eingetauscht wird; und wie es immer eine **cap. deminutio media** war, wenn ein römischer Bürger seine Zivität verlor, sollte er dafür auch eine andre Zivität erwerben, die ihm weit größere Vortheile bot, ganz eben so ist es immer eine **cap. dem. minima**, wenn Jemand seine bisherigen Familienrechte verliert, ob-

wohl er dafür eine vielleicht bessere und vortheilhaftere Stellung in einer andren Familie eintauscht.

Anm. 2. Was nun die Wirkungen der capitis dem. minima anbelangt, so geht

1) schon aus dem Begriff derselben hervor, daß dadurch die bisherigen Agnations-Rechte verloren gehen. Allerdings ist dies im Justinianischen Rechte nicht mehr von der großen Bedeutung, wie ehedem, da die meisten dieser Rechte auf die blose Kognation, die natürlich durch cap. dem. minima nicht zerstört wird, Gai. I. 158. §. 6. J. h. t., übertragen sind, aber doch ist auch hier noch die Agnation als solche in mehrfacher Beziehung wichtig, und man braucht, um dies zu beweisen, nur an die s. g. Suität und die wichtigen damit verknüpften Rechte zu erinnern, vgl. aber außerdem v. Buchholtz, jurist. Abh. S. 96 fgg. Sehr scharf tritt aber namentlich die Bedeutung der cap. dem. minima auch noch im neuesten Rechte bei der Adoption hervor, denn da durch diese blose Agnation begründet wird, so wird durch cap. dem. aller Nexus zwischen dem aus der Adoptivfamilie Herausgetretenen und seinen ehemaligen Agnaten aufgelös't.

2) Da das Verhältniß zwischen dem Patrone und dem Freigelassenen sich im Wesentlichen als eine Nachbildung des Agnations-Verhältnisses herausstellt, so erklärt es sich von selbst, daß auch die patronalischen Rechte durch cap. dem. minima erlöschen müssen, mag dieselbe nun in der Person des Freigelassenen oder in der Person des Patrones vorkommen. In unserm heutigen Rechte kann hiervon freilich keine Rede mehr sein.

3) Einen sehr wichtigen Einfluß äußert die cap. dem. minima auf die Obligations-Verhältnisse des deminutus. Was hier nämlich:

a) die Schulden desselben anbelangt, so gilt der eigenthümliche Grundsatz, daß dieselben durch jede cap. dem. minima jure civili erlöschen, Gai III. 84, IV. 38. Doch sind hiervon die Deliktsschulden ausgenommen, l. 2. §. 3. h. t., und auch bei den übrigen erlöscht blos die Klage, so daß also immer eine naturalis obligatio zurückbleibt, l. 2. §. 2. h. t. (s. auch Schwanert, Natural-Oblig. S. 413 fgg. und *Machelard*, des oblig. naturelles p. 316 sqq.), und selbst diese zivile Erlöschung der Klage wird den Gläubigern durch eine ihnen eingeräumte in integrum restitutio unschädlich gemacht, s. unten §. 187. — Ob aber diese Grundsätze und die damit in unmittelbarem Zusammenhange stehende in integr. restitutio propter cap. deminutionem auch noch im Justinianischen Rechte Geltung haben, ist nicht unbestritten, und namentlich leugnet dies Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 279 fgg. Er meint nämlich, für die Gläubiger des Emanzipirten sei jene Restitution schon durch das Prätorische Edikt selbst unnöthig geworden, l. 2. pr. quod cum eo (4, 5), was dann auch auf den in adoptionem datus angewendet worden sei, l. 2. §. 1. eod., und für die Gläubiger des arrogatus sei durch Justinian das Bedürfniß der Restitution beseitigt, §. 3. J. de adquis. per arrog. (3, 10), Theoph. ad h. l., und dies sei denn auch allgemeinen Grundsätzen nach auf die Legitimation auszudehnen. Man muß sich aber gewiß gegen diese Ansicht erklären; denn was die angef. Pandekten-Stelle anbelangt, so ist darin durchaus nur ausgesprochen,

daß der, welcher aus der väterlichen Gewalt getreten ist, wegen Schulden, die während dieser Gewalt von ihm kontrahirt wurden, das s. g. beneficium competentiae haben solle. Damit verträgt es sich aber offenbar recht gut, daß die Gläubiger dann, wenn der Sohn durch eine capit. dem. aus der Gewalt trat, ein Klagerecht überhaupt nur auf dem Wege der Restitution erlangen können, und es ist also freilich unbegreiflich, wie Burchardi in jener Vorschrift eine stillschweigende Abschaffung dieser Restitution erblicken kann, wovon ihn schon hätte abhalten müssen, daß die römischen Juristen dieselbe an vielen Orten als durchaus praktisch darstellen. Eben so wenig hat auch Justinian in der zitirten Institutionen-Stelle etwas Neues eingeführt, denn dort wird nur angedeutet, was von den Kreditoren des Arrogirten — natürlich, nachdem sie gegen den zivilen Untergang ihrer Forderungen restituirt sind — angegriffen werden könne, vgl. auch Schneider, subsid. Klagen S. 305 fgg. — In der That ist es also keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß die vorher dargestellte Wirkung der capit. dem. min., und die darauf gegründete in integr. restit. propter capit. deminut. auch noch im neuesten Justinianischen Rechte vollkommen begründet ist.

b) Was die Forderungen anbelangt, so kann allerdings von einem Untergang derselben durch cap. dem minima keine Rede sein. Erleidet nämlich ein homo sui juris eine cap. deminutio, so gehen bekanntlich die Klagerechte desselben — mit wenigen Ausnahmen — auf den pater arrogator oder legitimans über, vgl. auch Gai. III. 83. Trifft aber die cap. deminutio einen homo alieni juris, so kann wiederum von einem Untergange der Klagerechte keine Rede sein, weil bekanntlich der filiusfamilias der Regel nach gar keine solche haben, und also natürlich auch durch cap. deminutio keine verlieren kann. Die wenigen Klagerechte aber, die ausnahmsweise auch einem filiusfamilias zustehen können, sind eben so beschaffen, daß auch die cap. deminutio auf sie keinen Einfluß äußern kann, vgl. bes. Savigny a. a. O. S. 90 fgg., und zwar gehören dahin insbesondre diejenigen Obligationen, „quae naturalem praestationem habere intelliguntur“, l. 8. h. t. Was hierunter zu verstehen sei, ist freilich sehr bestritten, vgl. z. B. Zimmern Rg. I. §. 229. Not. 12, Burchardi, Wiedereinsetzung in den vor. Stand S. 266 fgg., Schneider, subsid. Klagen S. 281 fgg., aber das Wahrscheinlichste ist doch gewiß, daß damit auf solche Obligationen hingedeutet werden soll, welche eine eigentliche Natural-verpflegung, eine unmittelbare Lebensversorgung zum Zweck haben, auf solche Rechte also, von denen auch Modestin in l. 10. h. t. sagt, daß sie „in facto potius, quam in jure consistunt“, vgl. vorz. Savigny a. a. O. S. 104 fgg.

4) Endlich äußerte auch eine jede cap. dem. minima einen zerstörenden Einfluß auf den Usus fruktus und den Usus, *Gai.* III. 83, *Paul.* III. 6. §. 29, Vat. fr. §. 61, l. 1. pr. §. 1. quib. mod. ususfr. (7, 4), während für die Habitatio von jeher die cap. deminutio ohne Einfluß war, offenbar, weil die letztre ihrer ursprünglichen Idee nach gerade zu denjenigen Rechten gehörte, welche naturalem praestationem habent, vgl. Sav. a. a. O. S. 110 fgg. Aber auch für den Ususfruktus und den Usus ist der Grundsatz des alten Rechts durch Justinian aufgehoben, l. 16. §. 2. C. de usufr. (3, 33), §. 1. J. de

adqu. per arrog. (3, 10), so daß also im Justinianischen Rechte keine Personal-Servitut mehr durch cap. dem. minima zerstört wird.

D. Von Eigenschaften und Zuständen der Personen, welche auf ihren Rechtszustand von allgemeinerem Einfluß sind.

1) Eheliche und uneheliche Geburt. §. 35.

1) *Paul.* l. 5. de in jus voc. (2, 4): Mater semper certa est, etiam si vulgo conceperit; pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.

2) *Idem.* l. 12. de statu homin. (1, 5): Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis, et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse. Vgl. l. 3. §. 12. de suis et legit. hered. (38, 16): De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et D. Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum.

3) *Ulp.* l. 6. de his, qui sui vel al. jur. sunt (1, 6): Sed si fingamus, abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus, nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.

4) *Idem.* l. 3. §. 11. de suis et legit. hered. (38, 16): Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.

5) *Modestin.* l. 23. de statu homin.: Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet, qui et spurii appellantur *παρα τὴν ϛποράν*. Vgl. §. 12. J. de nupt. (1, 10): Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt, sed

tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur, quum his etiam pater incertus est. Unde solent spurii appellari, vel a Graeca voce, quasi *σποράδην* concepti, vel quasi sine patre liberi. (Cf. *Plutarch.* quaest. Rom. 103).

2) Geschlecht. §. 36.

1) *Papinian.* l. 8. de statu homin.: In multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum, quam masculorum.

2) *Ulp.* l. 10. eod.: Quaeritur, hermaphroditum cui comparamus? Et magis puto ejus sexum aestimandum, qui in eo praevalet.

3) Alter. §. 37.

Anm. Ueber die Altersstufen des römischen Rechts im Allgemeinen vgl. Gesterding, Nachforsch. Bd. II. Nr. 1, Zimmern, Rg. I. §. 120. 121, Schilling, Lehrb. für Instit. und Geschichte II. §. 35, Savigny, Syst. III. S. 23 fgg., Boecking, Institut. I. §. 38.

Ueber die *infantia* insbes.: Unterholzner in der gesch. Zeitschr. I. 3. vgl. mit Erb in Heidelb. Jahrb. VIII. S. 664 fgg., Glück XXX. S. 432 fgg.

Ueber *infantiae* und *pubertati proximi:* Gensler im civ. Arch. IV. 18, Dirksen im Rhein. Mus. I. S. 316 fgg. (umgearbeitet in Dirksen's verm. Schriften I. S. 180 fgg.).

Ueber *minor aetas*: Savigny von dem Schutze der Minderjährigen im röm. Rechte und insbes. von der lex Plaetoria. Berl. 1833. 4. (später mit einigen Zusätzen abgedruckt in der gesch. Zeitschr. X. S. 232 fgg. und in dessen verm. Schriften II. S. 321 fgg.).

Ueber *senectus*: Thibaut im civ. Arch. VIII. 2.

4) Körperliche und geistige Gesundheit. §. 38.

5) Stand und Gewerbe. §. 39.

6) Religion. §. 40.

Cod. I. 5. de haereticis et Manichaeis et Samaritis; l. 7. de apostatis; I. 9. de Judaeis et caelicolis; I. 11. de paganis. — Zimmern, Rg. I. §. 130, Savigny II. S. 231 fgg. Ueber

das Rechtsverhältniß der Juden insbes. vgl. Gans in Zeitschr. für die Wissenschaft des Judenth. Berl. 1822. Heft I. Nro. 2. Heft II. Nro. 8, Bessel im Rhein. Mus. III. S. 443 fgg. — Eichhorn, Einl. in das Privatr. §. 80 fgg., Maurenbrecher, deutsch. P. R. §. 135 fgg., Mittermaier, Grundss. des gem. d. Privatr. §. 116—119, Beseler, Syst. I. §. 64.

7) Herkunft und Wohnort. §. 41.

Dig. L. 1. ad municipalem et de incolis; Cod. X. 38. de municipibus et originariis; X. 39. de incolis et ubi quis domicilium habere videtur, et de his, qui studiorum causa in aliena civitate degunt. — Gesterding im ziv. Arch. VII. S. 412 fgg., Kierulff, Theorie I. S. 122 fgg., Savigny, Syst. VIII. S. 39 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. XV. S. 1 fgg.

Dioclet. et *Maxim.* l. 7. C. de incol.: Cives quidem origo, manumissio, alectio vel adoptio, incolas vero, sicut et D. Hadrianus edicto suo manifestissime declaravit, domicilium facit. Et in eodem loco singulos domicilium habere non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quod si rediet, peregrinari jam destitit. Vgl. l. 203. de V. S. verb.: Sed de ea re constitutum esse, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset.

8) Privatrechtliche Abhängigkeit oder Unabhängigkeit. §. 42.

Dig. I. 6. Inst. I. 8. de his, qui sui vel alieni juris sunt. — Schröter in der Gießer Zeitschr. XIV. 6, Savigny, Syst. II. S. 49 fgg.

Anm. Das *jus* im technischen Sinne des Worts bezieht sich auf die privatrechtliche Herrschaft über den Willen. Wenn nämlich Jemand auch sich selbst im Eigenthum hat, d. h. frei ist (§. 34. Anm.), so kann doch darneben sein Wille der privatrechtlichen Herrschaft eines Andren unterworfen, d. h. er kann homo alieni juris sein, woraus dann von selbst hervorgeht, daß er nicht seine eignen Zwecke, sondern die Zwecke seines Gewalthabers zu realisiren hat,

also namentlich in Betreff des Vermögens, daß er Alles, was er erwirbt, für diesen erwerben muß. Den Gegensatz hiervon bilden die **homines sui juris**, d. h. diejenigen, welche selbst jene Herrschaft über sich haben, und also ihre eignen Zwecke realisiren können, und die demnach namentlich auch, was sie erwerben, für sich selbst erwerben. Es gab aber ehedem drei solcher **jura** oder privatrechtlicher Herrschaften über den Willen, die **potestas**, **manus** und das **mancipium**, *Gai.* I. 49, von denen aber die beiden letzten im Justinianischen Rechte nicht mehr vorkommen, und die erste ihren ursprünglichen Charakter durch das neuere Pekulienrecht sehr wesentlich verändert hat. Jetzt nämlich kann auch der **homo alieni juris**, d. h. heutzutage nur noch der **filius familias**, in den meisten Beziehungen für sich erwerben, und nur hauptsächlich noch in dem Nießbrauchsrechte des **paterfamilias** ist der alte Charakter des **jus** einiger Maßen erkennbar.

9) Verwandtschaft und Schwägerschaft.

Dig. XXXVIII. 10. de gradibus et affinibus et nominibus eorum; Inst. III. 6. de gradibus cognatorum. — Glück XXIII. §. 1209 fgg., Klenze, die Kognaten und Affinen; in der gesch. Zeitschrift VI. 1, Göschen, Vorles. I. §. 52—60, Schilling, Lehrb. für Institut. und Rg. II. §. 39—43, Puchta, Kurs. der Institut. II. S. 277 fgg., Boecking, Institut. I. §. 49—55.

a) Von der Verwandtschaft überhaupt. §. 43.

Modestin. l. 4. §. 1. 2. h. t.: Cognati ab eo dici putantur, quod quasi una communiterve nati, vel ab eodem orti progenitive sint. (§. 2.). Cognationis substantia bifariam apud Romanos intelligitur; nam quaedam cognationes jure civili, quaedam naturali connectentur; nonnunquam utroque jure concurrente, et naturali et civili, copulatur cognatio. Et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intelligitur, quae per feminam descendit, quae vulgo liberos peperit. Civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine jure naturali cognatio consistit per adoptionem. Utroque jure consistit cognatio, quum justis nuptiis contractis copulatur. Sed naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur; civilis autem cognatio licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen agnatio vocatur, videlicet, quae per mares contingit.

b) Von der mehrfachen Verwandtschaft insbesondre.

§. 44.

Hugo in seinem ziv. Magaz. IV. Nr. 7—16, Göschen, Grundriß zu Pand. Vorles. S. 38 fgg., Vorles. §. 57, Fritz in der Gieß. Zeitschr. XV. 2.

c) Von der Schwägerschaft. §. 45.

Sell im ziv. Arch. XXII. 9.

Modestin. l. 4. §. 3—5. h. t.: Affines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit, namque conjungendae affinitatis causa fit ex nuptiis. (§. 4.). Nomina vero eorum haec sunt: socer, socrus, gener, nurus, noverca, vitricus, privignus, privigna. (§. 5). Gradus autem affinitati nulli sunt.

10) Bürgerliche Ehre.

Dig. III. 2. de his, qui notantur infamia; Cod. II. 12. ex quibus causis infamia irrogatur; Cod. X. 57. de infamibus. — *Donell.* comment. jur. civ. XVIII. c. 6—8; *Selchow,* selecta capita doctrinae de infamia. Gött. 1770. 4; Hagemeister in Hugo's ziv. Magaz. III. Nr. 8; *Burchardi* de infamia ex disciplina Romanor. Kil. 1819; Walter im neuen Archiv des Kriminalr. IV. Abh. 5 und 12; *Molitor,* de minut. existim. Lovan. 1824, besonders aber Marezoll, über die bürgerl. Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung. Gieß. 1824 und Savigny, Syst. II. S. 171 fgg. — Zimmern, Rg. §. 127—130.

a) Vom Wesen der existimatio, und von der existimatio consumta et minuta im Allgemeinen.

§. 46.

Callistrat. l. 5. §. 1—3. de extraordinar. cognit. (50, 13): Existimatio est dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur

aut consumitur. (§. 2). Minuitur existimatio, quoties manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti quum relegatur quis, vel quum ordine movetur, vel quum prohibetur honoribus publicis fungi, vel quum plebejus fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel quum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur. (§. 3). Consumitur vero, quoties magna capitis minutio intervenit, id est, quum libertas adimitur, veluti quum aqua et igni interdicitur, quae in persona deportatorum venit, vel quum plebejus in opus metalli vel in metallum datur.

b) Von der infamia (der s. g. infamia juris).

a) Entstehungsgründe derselben. §. 47.

Julian. l. 1 h. t.: Praetoris verba dicunt: *Infamia notatur, qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit; qui artis ludicrae pronunciandive causa in scenam prodierit; qui lenocinium fecerit; qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse judicatus erit; qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit; qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario judicio damnatus erit; qui eam, quae in potestate ejus esset, genero mortuo, cum mortuum eum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit, eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus, in cujus potestate est, et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit; quive suo nomine, non jussu ejus, in cujus potestate esset, ejusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit.* (Hiermit ist zu vergleichen tab. Heracl. lin. 108—141, und Vat. fragm. §. 320 und 21.)

Anm. Was hier:

I. Die s. g. *infamia mediata* (notatur, qui damnatus fuerit) anbelangt, so tritt dieselbe in folgenden Fällen ein:

1) allgemein in Folge einer Verurtheilung in judicio publico, l. 7. de public. judic. (48, 1);

2) bei einigen delicta extraordinaria. Hier gilt nämlich zunächst die allgemeine Regel, daß dabei die Infamie dann eintrete, wenn auch eine infamirende Pönalklage hätte angestellt werden können, l. 7. cit. Dann aber werden auch einzeln als infamirend angeführt das *crimen expilatae hereditatis* und *sepulchri violati* allgemein, l. 1. de sepulchro viol. (47, 12), l. 12. C. ex quib. caus. infam., die *calumnia* und *praevaricatio* aber nur dann, wenn dieselben bei Gelegenheit eines publicum judicium vorkommen, denn diese Schranke wird nicht nur im Prätorischen Edikt selbst angegeben, l. 1. h. t., sondern auch noch besonders von Ulpian in l. 4. de praevar. (47, 15) hervorgehoben, vgl. auch l. 6. §. 3. de decurionib. (50, 2). (Wenn Marezoll a. a. O. S. 137 fgg. in den beiden letzten Fällen die Infamie daraus erklären will, weil der Verbrecher hier in judicio publico verurtheilt werde, so ist dies eine gewiß unhaltbare Behauptung, die gegen den klaren Buchstaben der l. 43. §. 11. de R. N. (23, 2) verstößt, vgl. auch *Paul.* rec. sent. l. 5. §. 2). Wie es sich endlich noch mit dem Stellionat verhalte, ist bestritten, wegen zweier Stellen Ulpian's, die sich zu widerstreiten scheinen. In l. 2. stellionat. (47, 20) nämlich heißt es: stellionatus judicium famosum quidem non est, sed coercitionem extraordinariam habet; die l. 13. §. 8. h. t. aber lautet: stellionatus infamiam irrogat, quamvis publicum non est judicium. Die Meisten wollen diese Stellen dadurch vereinigen, daß sie bei dem Stellionat die Infamie nicht immer, sondern nach l. 7. de public. judic. nur in denjenigeen Fällen eintreten lassen, in welchen auch eine infamirende *actio*, z. B. doli, depositi u. s. w. angestellt werden könnte, z. B. *Cujac.* obss. X. 26, *Donell.* XVIII. 8, Glück V. S. 192 fgg. Man muß aber gewiß richtiger mit Marezoll a. a. A. S. 135 fgg. das famosum judicium in l. 2. cit. für publicum judicium nehmen, so daß nun der Sinn der beiden Gesetze der ist: der Stellionat gehört zwar nicht zu den an sich der Regel nach infamirenden Verbrechen, also zu den judicia publica, sondern er wird extra ordinem gestraft (l. 2. cit.), allein er infamirt dennoch immer, l. 13. cit.

Wenn nun auch zu Justinian's Zeit der ursprüngliche Unterschied zwischen delicta publica und extraordinaria schon lange weggefallen war, indem bei allen Verbrechen extra ordinem prozedirt wurde, so blieben doch die an diesen Unterschied geknüpften Folgen auch in dieser spätern Zeit bestehen, und namentlich ist dieses also auch bei der Infamie der Fall, vgl. auch l. 8. de public. judic.

3) Bei einigen delicta privata, nämlich in Folge der actio *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarium* und *de dolo*, §. 2. J. de poen. temere litig. (4, 16), l. 1. 4. §. 5. h. t., l. 1. §. 4. de dol. m. (4, 3), l. 5. 8. C. h. t., ferner der actio *sepulchri violati*, l. 1. de sepulchro (47, 12) und der actio *contra mulierem, quae per calumniam ventris nomine in possessionem missa est*, l. 15—17. h. t.

4) Bei den vier s. g. contractus famosi, dem Mandatum, der Sozietät, dem Depositum und der tutela, l. 1. h. t. Hierbei sind aber mehrere wichtige Schranken zu bemerken. Einmal nämlich tritt Infamie nur für denjenigen ein, welcher aus einem solchen Kontrakt mit der actio directa belangt wird, wie dies schon aus den Worten des Prätorischen Edikts hervorgeht, l. 1. h. t. vgl. auch §. 2. J. de poena temere litig. (4, 16), und wofür Ulpian in l. 6. §. 7. h. t. den passenden Grund angibt, quia in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, d. h. wie derselbe Ulpian in einer andren Stelle sagt, non de fide rupta, sed de indemnitate ejus, qui officium suscepit, l. 5. pr. depos. (16, 13). Eine Ausnahme tritt jedoch für die actio mandati contraria ein, wenn es sich einmal auch hierbei ausnahmsweise um eine fides rupta handelt, l. 6. §. 5. h. t.; aus welcher Singularität aber unmöglich eine Regel gemacht werden kann, *Donell.* XVIII. c. 8. Eine andere wichtige Schranke hierbei ist aber nach der herrschenden Lehre, vgl. Glück V. S. 195, daß die Infamie nur dann eintrete, wenn die Verurtheilung wegen eines dolus des Beklagten erfolgte, weil ja immer eine perfidia vorausgesetzt werde, l. 6. §. 7. h. t. Dies bestreitet aber Marezoll a. a. O. S. 149 fgg. Bedenkt man jedoch, daß ein dolus hierbei schon immer dann anzunehmen ist, wenn der Beklagte, mit seiner Schuldigkeit bekannt, es bis zur Verurtheilung kommen ließ (woraus sich namentlich auch einfach erklärt, warum in dem Prätorischen Edikt dieses Requisit nicht besonders hervorgehoben wird), so möchte der ganze Streit sich mehr um Worte handeln, als die Sache selbst betreffen; vgl. auch *Donell.* cit.

5) Endlich tritt auch noch Infamie für den Vormund ein, welcher als suspectus von der Vormundschaft removirt wird. Hierbei wird jedoch dolus vorausgesetzt, in welcher Beziehung es jedoch von jeher streitig gewesen, und auch noch heut zu Tage streitig ist, ob auch die culpa lata dazu genüge? Namentlich sind, um nur zwei der neuesten Schriftsteller zu nennen, Guyet, Abhandlung. Nro. 8, und Rudorff, das Recht der Vormundschaft Th. III. S. 198 fgg. (welcher übrigens Guyet's Abhandlung nicht zu kennen scheint) entgegengesetzter Meinung, indem der Erstere die Infamie in einem solchen Falle verneint, der Zweite sie zuläßt. Gewiß ist die erstere Meinung die richtigere, denn in allen hierher gehörigen Stellen wird immer nur der dolus genannt, und da sogar ausdrücklich hinzugefügt wird, propter culpam trete keine Infamie ein, vgl. besonders §. 6. I. de suspect. tutor. (1, 26), l. 3. §. 18. D. eod. (26, 10), l. 9. C. eod. (5, 43), wegen einer culpa levis aber nach der wohl richtigeren Meinung überhaupt eine remotio nicht statthaft ist, l. 7. §. 1. de suspect. tutorib., so versteht es sich, daß unter jenem dolus die culpa lata nicht mit verstanden sein kann. Die in mehreren Stellen ausgesprochene hinlänglich bekannte Gleichstellung beider, bezieht sich auch nur auf Obligationsverhältnisse, namentlich Schadensersatz, nicht aber auf öffentliche Strafen, wohin doch die Infamie jedenfalls gehört.

In diesen Fällen der s. g. infamia mediata ist es aber keineswegs nöthig, daß das richterliche Urtheil selbst auf Infamie erkenne, sondern es wird nur erfordert, daß die That durch richterliches Urtheil konstatirt sei. Vorausgesetzt wird jedoch 1) daß das Urtheil von dem kompetenten öffentlichen Richter, nicht

etwa von einem Schiedsrichter ausgehe, l. 13. §. 5. h. t.; 2) daß nicht blos beiläufig, sondern hauptsächlich und nach vorgängiger causae cognitio die richterliche Sentenz das Schuldig ausspreche, l. 13. §. 6. D., l. 17. C. h. t.; 3) daß Jemand selbst, und zwar *suo non alieno nomine* verurtheilt werde, l. 1, l. 6. §. 2 und 6. h. t.. l. 2. pr. de obsequiis parentib. praest. (37, 15), endlich 4) daß das Urtheil rechtskräftig geworden sei, so daß, wenn auch in höherer Instanz das frühere Urtheil bestätigt wird, die Infamie doch erst von dem letzten Urtheil anfängt, l. 6. §. 1. h. t.

Wohl zu bemerken ist aber hier auch noch, daß zwar nicht allgemein, wie Manche irrig annehmen, aber doch in einigen Fällen, nämlich bei dem furtum, der rapina, der injuria und actio doli, das ohne Vermittlung der Obrigkeit geschehene Loskaufen mit Geld oder Geldeswerth der wirklichen Verurtheilung gleich steht. Dies wird aber durchaus blos von jenen vier Fällen in unserm Gesetze gesagt, l. 1, l. 4. §. 5, l. 6. §. 3. h. t. l. 18. C. eod., und die concractus famosi sind noch namentlich ausgeschlossen, l. 7. h. t. §. 2. J. de poena temere litigant. (4, 16), vgl. *Gai.* IV. 182. Für Vergleiche bei Verbrechen mit öffentlicher Strafe gelten eigenthümliche, hier zu übergehende, Grundsätze.

II. Was die Fälle der s. g. *infamia immediata* (notatur, qui fecerit) anbelangt, so sind dies regelmäßig solche, die sich entweder gar nicht zu einer accusatio oder actio eignen, so daß also ein Urtheil dabei gar nicht vorkommen kann, oder die notorisch sind, und eines Urtheils gar nicht bedürfen. Doch aber hat der Begriff insofern auch juristische Realität, daß, wenn auch einmal in einem zur unmittelbaren Infamie gehörenden Falle ein Urtheil zur Konstatirung der That nöthig ist, die Folgen der Infamie doch nicht von diesem, sondern von der That an eintreten müssen, vgl. auch l. 43. §. 12. de R. N. (23, 2). Was nun aber die einzelnen Fälle der infamia immediata anbelangt, so sind dies mit Ausnahme einiger Fälle, deren Voraussetzungen bei uns durchaus weggefallen sind, vgl. l. 8. C. de offic. rector. provinc. (1, 40), l. 35. C. de loc. et cond. (4, 65), l. 1. C. de naturalib. liberis (5, 27), l. un. C. ad leg. Viselliam (9, 21), l. 15. C. de appell. et consult. (7, 62). l. 31, l. 33. C. de decurionib. (10, 31), l. un. C. de stnd. liberal. urb. Romae et Constant. (11, 18); Auth. Frid. I. Habita C. ne fil. pro patre (4, 13); Auth. Frid. II. Gazaros C. de Haeret. et Manich. (1, 5), im Wesentlichen folgende:

1) Soldaten, welche ignominiae causa aus dem Dienst entlassen sind, l. 1, l. 2. pr. §. 1—4. h. t., l. 3. C. de re militari (12, 36);

2) die Großjährigen, welche als Schauspieler öffentlich aufgetreten sind, l. 1, l. 2. §. 5, l. 3, l. 4. pr. §. 1. h. t., l. 1. §. 6. de postul. (3, 1), l. 21. C. h. t.;

3) qui lenocinium fecerint, wobei an die patentisirten Bordellhalter zu denken ist, denn die ex lege Julia de adulteriis verurtheilten lenones unterliegen als in judicio publico damnati der infamia mediata, l. 1, l. 4. §. 2 und 3. h. t., vgl. l. 43. §. 6—9. de R. N. (23, 2);

4) qui corpore suo muliebria passi sunt, l. 1. §. 6. de postulando (3, 1), vgl. mit l. 31. C. ad leg. Jul. de adulter. (9, 9);

5) öffentliche Huren, l. 24. h. t., l. 41, l. 43. pr. §. 1—5. de R. N. vgl. jedoch auch Marezoll S. 181 fgg.;

6) im Ehebruch ertappte Ehebrecherinnen, l.. 43. §. 12. 13. de R. N.;

7) wer gleichzeitig in zwei Ehen, oder zwei Sponsalien, oder in einer Ehe und in einem Verlöbniß lebt, sowie der Hausvater, welcher für sein Hauskind eine solche zweite Ehe oder ein zweites Verlöbniß abschließt, oder welcher auch nur ein solches Verhältniß seines Hauskindes duldet, nicht aber auch das Hauskind, welches auf Geheiß seines Vaters in ein solches Verhältniß eintritt; l. 1. i. f., l. 13. §. 1—4. h. t., l. 2. C. de incest. nupt. (5, 5), l. 18. C. ad leg.. Jul. de adulter. (9, 9). Selbst dann tritt hier die Infamie ein, wenn auch die zweite Ehe oder das zweite Verlöbniß schon für sich betrachtet nichtig wäre, und hierauf bezieht sich l. 13. §. 4. h. t., woraus man also nicht mit Manchen, z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 189. bei Note 21, eine eigne Infamie dessen ableiten darf, „welcher sich wissentlich mit einer Frau, die er nicht heirathen darf, verheirathet oder verlobt".

8) Die Wittwe, welche vor Ablauf des Trauerjahrs wieder heirathet; der Mann, welcher wissentlich eine solche Wittwe zur Frau nimmt, und der Hausvater, welcher eine solche Ehe seines Hauskindes befiehlt, oder doch deren Eingehung geschehen läßt; das Hauskind selbst, welches auf Befehl seines Vaters eine solche Ehe schließt, bleibt von der Infamie verschont, l. 1, l. 8—12, l. 13. pr. h. t., l. 15. C. h. t., l. 1. C. de secund. nupt. (5, 9). (Die mancherlei Schwierigkeiten, welche unsre Quellen über diesen Punkt darbieten, sind vortrefflich besprochen worden in der lichtvollen Darstellung Savigny's a. a. O. Beil. VII. S. 531 fgg.). Diese Infamie ist aber durch das Kanonische Recht aufgehoben, c. 7. C. II. qu. 3. cap. 4. 5. X. de secund. nupt. (4, 21). — Die Strafen des verletzten Trauerjahrs und namentlich die Infamie, treffen aber auch die Wittwe, welche innerhalb der Trauerzeit außerehelich konkumbirt, Nov. 39. c. 2. (aus welchem, freilich schlecht konzipirten Gesetze, der Absicht des Gesetzgebers nach, unmöglich mit Marezoll S. 188—189 gefolgert werden kann, daß jene Strafe nur dann Platz greife, wenn die Frau innerhalb des Trauerjahrs, aber nach Ablauf von 10 Monaten, wirklich geboren habe), so wie auch diejenige, welche als Vormünderin ihrer Kinder zu einer zweiten Ehe schreitet, ehe sie Rechnung abgelegt hat, Nov. 22. c. 40. und auf diese Fälle hat natürlich die obige Bestimmung des Kanonischen Rechtes keinen Einfluß.

9) Der Vormund, welcher sich selbst oder seinen Sohn mit der Mündel verheirathet, ehe dieselbe majorenn geworden, und die Zeit abgelaufen ist, innerhalb deren sie sich wegen Minderjährigkeit restituiren lassen kann, l. 66. pr. de R. N. (23, 2), l. 7. C. de interd. matrim. (5, 6). Ob auch der Sohn selbst, der auf Geheiß seines Vaters eine solche Ehe schließt, infam werde, ist streitig, und die Analogie andrer Fälle streitet dagegen (nr. 7. und 8), aber doch muß man es wohl nach l. 66. cit. behaupten, indem die Auslegung der Worte: quo facto uterque infamatur, die z. B. Glück V. S. 175. Not. und Marezoll S. 159 fgg. geben, wornach das uterque auf den Tutor und Kurator gehen soll, gewiß nicht gebilligt werden kann;

10) Zinswucherer, so wie die, welche sich eines Anatozismus schuldig machen, l. 20. C. h. t.;

11) Großjährige, welche beschworne „pacta vel transactiones" brechen, l. 41. C. de transact. (2, 4), eine Bestimmung, die doch wohl dem regelmäßigen römischen Sprachgebrauch nach auf Vergleiche zu beschränken ist, vgl. auch Marezoll S. 201;

12) in Konkurs gerathene Schuldner, sofern sie sich nicht des beneficium cessionis bedienen, l. 11. C. h. t., l. 8. C. qui bon. cedere possunt (7, 11), vgl. *Gai.* II. 154. und *Dirksen,* observat. ad tab. Heracl. Berol. 1817. pag. 101 sqq.;

13) wer, ohne Abolition erlangt zu haben, eine angefangene Kriminalklage fallen läßt, l. 6. §. 3. de decurionib. et filiis eor. (50, 2), l. 1. C. ut intra certum temp. (9, 44), l. 2. C. ad SC. Turpill. (9, 45);

14) wer sich einer Kriminalanklage nicht stellt, und es zu einer öffentlichen Ladung durch ein s. g. programma criminale kommen läßt, l. 3. C. de requir. reis. (9, 40);

15) die Söhne von perduelles, l. 5. §. 1. C. ad leg. Jul. majest. (9, 8). Auf die Töchter ist dies gewiß nicht auszudehnen, vgl. §. 3. eod., wohl aber soll dies auch eintreten bei den Söhnen der Mitwisser und Gehilfen, §. 6. eod.;

16) der Richter, welcher bestochen oder aus Partheilichkeit ein widerrechtliches Urtheil fällt, l. 2. C. de poena judiciis (7, 49), welcher mit Untersuchungs-Gefangenen grausam verfährt, oder eine solche Grausamkeit anderer Offizianten ungeahndet läßt, l. 1. C. de custod. reor. (9, 4), und welcher ein begangenes crimen vis unbestraft läßt, oder mit einer zu milden Strafe belegt, l. 8. §. 2. C. ad leg. Jul. de vi publ. v. priv. (9, 12);

17) der Advokat, welcher sich bei Führung eines Prozesses unnöthiger Injurien schuldig macht, l. 6. §. 1. C. de postul.;

18) wer bei einer Appellation den Richter injuriirt, l. 42. de injur. (47, 10), so wie der, welcher eine vom Unterrichter verworfene Appellation dennoch durchführt, aber den Prozeß verliert, l. 19. C. de appell. (7, 62);

19) wer individuelle Verfügungen des Regenten arglistig interpretirt, oder sich dabei einer Erschleichung schuldig macht, l. 2. C. de legib. et constit. (1, 14);

20) wer in einzelnen vom Gesetz hervorgehobenen Fällen auf unerlaubte Weise bei dem Regenten supplizirt, vgl. l. un. C. de senatuscons. (1, 16), l. 3. C. ut lite pendente (1, 21), l. 5. §. 2. C. ad leg. Jul. majest. (9, 8). (In den andern von Marezoll S. 196. Not. 1. noch hierher gezogenen Fällen, nämlich l. 3. C. de precib. imperatori offerend. (1, 19), und l. 10. C. de judic. (3, 1) ist zwar die Supplik verboten, aber keine Infamie gedroht);

21) wer sich eines ambitus in Beziehung auf die Bischoffswürde schuldig macht, l. 31. fin. C. de episc. et cler. (1, 3);

22) wer zum Ackerbau bestimmte Thiere oder Geräthschäften beschädigt oder wegnimmt, Auth. Frid. II. Agricultores C. quae res pignori (8, 17);

23) wer sich einer Blutschande schuldig macht, c. 4. C. III. qu. 4; c. 2. C. XXXV. qu. 2 und 3;

24) Notare und Richter, welche eine von einem Juden an einen Christen geschehene Schuldzession aufsetzen, R. A. v. 1551. §. 80;

25) muthwillige Bankerottirer, R. P. O. v. 1577. Tit. 23. §. 2, R. A. v. 1670. §. 10.

β) Wirkungen der Infamie. §. 48.

Vgl. Marezoll S. 205 fgg., Savigny a. a. O. S. 188 fgg.

γ) Aufhebung derselben. §. 49.

Vgl. Marezoll S. 260 fgg.

c) Von der vitae turpitudo (der s. g. infamia facti). §. 50.

Vgl. *Schomburg*, de turpitudine s. infamia facti. Cass. 1840.

d) Von der levis nota. §. 51.

e) Von der heutigen Anwendbarkeit der römisch-rechtlichen Grundsätze. §. 52.

Anm. Die Ansichten hierüber sind außerordentlich verschieden: man vgl. z. B. Eichhorn, Einl. in das deutsche P. R. §. 87, Mittermaier, Grunds. des deutsch. Privatr. §. 101, Beseler, Syst. des deutsch. Privatr. I. §. 62. auf der einen, Marezoll S. 341 fgg., Fritz, Erläutr. zu Wening S. 146 fgg. u. A. m. auf der andern Seite. Merkwürdiger Weise hat bei diesem Streite der gewiß irrelevante Art. 104. der P. G. O. von Carl V. eine Rolle gespielt, wo folgende Worte vorkommen: „Aber sonderlich ist zu merken, in was sachen oder denselben gleichen unser Kaiserlich recht keinerlei peinlicher Straff am leben, ehren, leib oder gliedern setzen, oder verhangen, daß richter und urtheyler darwider auch niemant zum todt oder sunst peinlich straffen". Am Weitesten geht jetzt Savigny a. a. O. S. 224 fgg., indem er der gesammten römisch-rechtlichen Lehre von der infamia (der s. g. infamia juris), gegen bestimmte Reichsgesetze — die bekanntlich nicht nur einzelne neue Fälle der infamia einführten, sondern auch die Wirkungen derselben noch erweiterten — und gegen die konstante deutsche Praxis und Doktrin, alle und jede Geltung im gemeinen deutschen Rechte abspricht! Läßt man sich nicht durch den uns jetzt freilich etwas hart klingenden Namen: Infamie und die unpassende Verdeutschung: Ehrlosigkeit abschrecken, sondern hält sich rein an die Wirkungen, die das neueste römische Recht mit seiner infamia verknüpft, Wirkungen, die weder so bedeutend sind, wie der harte Namen vermuthen lassen könnte, noch so unbedeutend, wie sie jetzt Savigny darzustellen sucht: so dürfte sich schwerlich ein genügender innerer Grund

auffinden lassen, diesen Theil des Justinianischen Rechts für weniger praktisch zu halten, als irgend einen andren, und an äußeren Gründen für eine solche Behauptung fehlt es meines Wissens gänzlich. Doch fehlt es schon jetzt nicht an Vertheidigern der Savigny'schen Ansicht, vgl. z. B. Luden in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 621 fgg., Puchta, Lehrb. §. 120, Sintenis, das prakt. gem. Zivilr. I. S. 101. Not., Arndts, Lehrb. §. 33, Keller, Pand. §. 23. u. A. m.

III. Von s. g. juristischen oder moralischen Personen.

Dirksen, histor. Bem. über den Zustand der jur. Pers. nach röm. Rechte (in dessen ziv. Abh. II. 1.), Kierulff, Theorie I. S. 129 fgg., Puchta in Weiske's Rechtslex. III. S. 65 fgg., (auch in dessen kleinen ziv. Schriften Nr. 28. S. 497 fgg.), Savigny, Syst. II. S. 235 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 15. S. 103 fgg., Pfeifer, die Lehre von den jurist. Personen. Tüb. 1847, Uhrig, Abh. über die jurist. Person. Erste Hälfte. Dillingen 1854, Beseler, Syst. I. S. 349 fgg., Unger, Syst. I. S. 313 fgg., Ders. in der krit. Ueberschau VI. S. 147 fgg., Keller, Pand. §. 34 fgg.

A. Begriff und Arten der juristischen Person im Allgemeinen. §. 53.

Anm. Ueber die Fälle, in welchen man nach gemeinem Rechte eine juristische Persönlichkeit annehmen dürfe, wird h. z. T. viel gestritten. M. E. gehören zu den wahren juristischen Personen außer der *hereditas jacens* (vgl. darüber Bd. II. §. 394.) nur die *universitates* (§. 54 fgg.) und viele Arten von Stiftungen (§. 60.), und wenn man außer diesen noch viele andre hat statuiren wollen, vgl. bes. Heise, Grundr. Bd. I. §. 98. Not. 15. und Boecking, Institut. und Pand. I. §. 62, so läßt sich dies gewiß nicht rechtfertigen. So wollen namentlich die genannten Schriftsteller auch Grundstücke als juristische Personen betrachten, weil sie in den Quellen als Rechtssubjekte für Realservituten aufgeführt würden, und in der That läßt sich eine solche personifizirende Redeweise unsrer Gesetze nicht in Abrede stellen, vgl. z. B. l. 12. de servit. (8, 1): „fundo servitus acquiritur", l. 31. de serv. praed. rust. (8, 3): „fundus id jus aquae amisit" und viele andre mehr; aber offenbar soll damit nur angedeutet werden, daß durch die Servitut einem Bedürfnisse des Grundstücks abgeholfen werden soll, und das Servitutenrecht so mit dem Grundstücke verbunden ist, daß mit dem Erwerbe des letztren immer auch das erstre erworben wird, während doch natürlich der eigentlich Berechtigte nicht das Grundstück, sondern der jedesmalige Eigenthümer des Grundstücks ist, welcher eben deßhalb über solche Servituten auch gerade so, wie über andre beliebige

Vermögenstheile, frei verfügen darf, vgl. auch Mühlenbruch, Beurth. der Städel'schen Beerbungsf. S. 164. Not. 115, Fritz, Erl. zu Wening I. S. 150 fgg., Kierulff, Theorie I. S. 130. Not., Savigny, Syst. II. S. 379 fgg., Sintenis, Zivilr. I. §. 15. Not. 10, Elvers, Servit. S. 95 fgg., Arndts, Lehrb. §. 41. Anm. 4. — Außerdem wollen Heise und Boecking a. d. aa. OO. auch noch in den jeweiligen Inhabern der Staatsgewalt oder eines Staatsamts insofern eine juristische Persönlichkeit annehmen, als hier das Substrat derselben eine successive Mehrheit physischer Personen, und der jeweilige Regent oder Beamte also nur der zeitige Träger derselben sei, vgl. auch Hasse im ziv. Arch. V. S. 67, Mühlenbruch, Lehrb. §. 196. 199, Göschen, Vorl. I. §. 62, Schilling, Institut. II. §. 46, Uhrig a. a. O. S. 21 fgg. So wahr es nun auch ist, daß man im Leben oft den Regenten oder Beamten von dem Menschen unterscheidet (z. B. „der König stirbt nicht"), und daß man wohl auch die Krone oder das Amt personifizirt (z. B. „Rechte der Krone"), so kann uns doch dieser Redegebrauch gewiß nicht zur Annahme einer besondren juristischen Persönlichkeit berechtigen, indem es sich hier im Wesentlichen nicht anders, wie bei der angeblichen Persönlichkeit der Grundstücke verhält. Offenbar ist nämlich auch in diesen Verhältnissen immer nur eine physische Person — der einzelne Regent oder Beamte — der wirklich Berechtigte oder Verpflichtete, und wenn sie dies deßhalb ist, weil sie eine besondre Würde oder ein besondres Amt inne hat, so darf doch darum diese Würde oder dieses Amt noch nicht zu einer besondren Rechtssubjektivität gestempelt werden, und wie z. B. Niemand daran denkt, bei einem Vasallen eine besondre juristische Persönlichkeit zu statuiren, obwohl doch auch hier an die Inhabung des Lehnguts ein Komplex besondrer Rechte und Verbindlichkeiten angeknüpft ist, so sollte man eben so wenig bei dem Regenten oder dem Beamten an eine besondre juristische Persönlichkeit denken. Daß auch die Entscheidung der l. 56. de legat. II. vgl. mit l. 57. eod. einen solchen Gedanken nicht rechtfertigen kann, versteht sich doch wohl von selbst, indem darin nichts als eine sehr natürliche Interpretation einer letztwilligen Verfügung enthalten ist. Vgl. auch Fritz a. a. O. S. 151 fgg., Kierulff I. S. 130. Not., Savigny II. S. 237. vgl. mit S. 376 und S. 379 fgg., Puchta, Lehrb. §. 27. Not. 1, Sintenis, Zivilr. I. §. 15. Not. 7, Pfeiffer a. a. O. S. 19 fgg. Wenn freilich ein Staatsamt von Mehreren zusammen kollegialisch verwaltet wird, so muß man publizistisch allerdings eine besondre juristische Person statuiren, vgl. auch l. 25. ad municip. (50, 1):

Ulp. „**Magistratus municipales, cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent**",

cf. l. 76. de judic. (5, 1), Nov. 134. c. 6, aber dies hat privatrechtlich gar keine Bedeutung, und namentlich würde die Zusammenstellung solcher Beamten-Kollegien mit eigentlichen universitates ganz unpassend und verwirrend sein, vgl. auch Savigny II. S. 237, Uhrig a. a. O. S. 49 fgg. — Wenn endlich noch oft der Fiskus als eine besondre juristische Person aufgeführt wird, so kann zwar gewiß die juristische Persönlichkeit desselben nicht in Abrede gestellt werden, vgl. nur z. B. den tit. Dig. de jure fisci, aber offenbar ist doch der Fiskus nichts anderes, als der Staat selbst, von seiner vermögensrechtlichen

Seite betrachtet, also nichts anderes, als eine universitas, und die Annahme einer von den universitates verschiedenen, besondren Persönlichkeit ist daher überflüssig. —

Gegen die neuerlichen, m. E. eben so grund= als zwecklosen Versuche, den ganzen Begriff der juristischen Person als eine innerlich haltlose und überflüssige Fiktion zu deduziren, und dafür den neuen Begriff „Zweckvermögen" zu substituiren (Brinz, Pand. Vorr. S. XI, Demelius, die Rechtsfiktion S. 85, Ders. „über fingirte Persönlichkeit" in Ihering's Jahrbb. IV. S. 113 fgg.) vgl. die treffenden Bemerkungen von Arndts, Pand. 3. Aufl. §. 41. Anm. 4; s. auch Dens. in der krit. Vierteljahrsschr. I. S. 94 fgg. und Unger in der krit. Ueberschau VI. S. 171.

B. Von universitates.

1) Im Allgemeinen.

Dig. III. 4. quod cujuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur. — Außer den oben Angeff. s. auch noch *Gaudlitz* (Hauboldi) de finibus inter jus singulorum et universitatis regundis. Lips. 1804. (in Haub. opusc. vol. II.); *Zachariae* liber quaestionum qu. 10, Weiske, über Korporationen nach röm. und deutschen Rechtsbegriffen. Leipz. 1847 (auch als 3. Heft der prakt. Unters.); vgl. auch Hermann, der Rechtscharakter der Aktien=Vereine. Leipzig 1858. — Ueber die Genossenschaften und die jurist. Persönlichkeit derselben s. Beseler, Volksr. S. 158 fgg., deutsch. Privatr. I. S. 349 fgg., Thöl, Volksr. S. 18 fgg., Schüler in Ortloff's u. s. w. jurist. Abh. I. Nr. 5 und 6, R. Schmid im civ. Arch. XXXVI. S. 147 fgg., Gerber in Gieß. Zeitschr. N. F. XII. S. 193 fgg., Unger, Syst. I. S. 330 fgg. und krit. Ueberschau VI. S. 179 fgg.

a) Begriff und Wesen derselben. §. 54.

1) *Gaius* l. 1. pr. §. 1. h. t.: Neque societas, neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus haberi conceditur, nam et legibus et senatusconsultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora, ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel auri fodinarum vel argenti fodinarum et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est — — —. (§. 1). Quibus autem

permissum est, corpus habere collegii, societatis, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum Reipublicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tanquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.

2) *Marcian* l. 6. §. 1. de rer. divis. (1, 8): Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis. Et ideo tam contra civem, quam pro eo posse servum civitatis torqueri Divi Fratres rescripserunt. Ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in jus aliquem ex civibus. Cf. l. 1. §. 7. de quaestionib. (48, 18).

3) *Ulp.* l. 7. §. 2. h. t.: Si quid universitati debetur singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent. Cf. l. 1. §. 15. ad SC. Trebell. (36, 1).

Anm. Das leitende Prinzip in der Lehre von den universitates ist, daß die Rechtsverhältnisse der universitas durchaus zu trennen sind von den Rechtsverhältnissen der einzelnen Glieder. So können also die einzelnen Glieder mit ihren Gemeinden in alle möglichen Rechtsverhältnisse treten, und die Rechtsverhältnisse dieser letztern berühren die Einzelnen gar nicht. Namentlich also gehört das Eigenthum der Gemeinden nicht auch zum entsprechenden Theil den Einzelnen, sondern diese haben als physische Personen daran gar keinen Antheil (N. 2). Wahrhaft unbegreiflich ist es demnach, wie z. B. Konopack, die Institutionen des röm. Privatr. §. 206. sagen kann: „Das Eigenthumsrecht an einer Sache kann entweder einer physischen oder einer moralischen Person zustehen; im erstren Falle nennt man es Alleineigenthum, im andern Miteigenthum". Vielmehr unterscheidet sich das Miteigenthum auf das Bestimmteste von dem Eigenthum, welches einer moralischen Person zusteht, indem ja das Erstere gerade darin besteht, daß Mehrere zu ideellen Theilen Eigenthümer einer Sache sind. Einzelne Anwendungen dieses höchst wichtigen Unterschieds sind z. B.: 1) Dispositionen über Gemeindesachen können nach allgemeinen Regeln blos, aber auch stets durch einen Gemeindebeschluß getroffen werden, also durch den Willen der Majorität. Bei einer res communis muß aber scharf eine Disposition über einen einzelnen Theil von der über das Ganze geschieden werden. Die erstre nämlich steht jedem Einzelnen für eine entsprechende Rate zu, und er kann darüber frei verfügen, sie veräußern, verpfänden u. dgl., l. 1. C. comm. divid. (3, 37), l. 3. C. de comm. rer. alienat. (4, 52), während umgekehrt Dispositionen über das Ganze durchaus nur von Allen einstimmig gemacht werden können, so daß der Widerspruch eines Einzelnen stärker ist, als der vereinigte Wille aller Uebrigen, l. 28. comm. divid. (10, 3), l. 10. pr. de aqua (39, 3),

l. 1. 4. C. de comm. rer. alienat. So konnte also z. B. der Sklave einer Gemeinheit ungeachtet des Widerspruchs der Minorität giltig manumittirt werden: er wurde aber dadurch durchaus nicht Freigelassener der einzelnen Mitglieder, sondern nur der universitas selbst, und war also namentlich auch den einzelnen Mitgliedern durchaus keine Rücksicht, z. B. bei der in jus vocatio schuldig, L. 1. und l. 10. §. 4. de in jus voc. (2, 4). Ganz anders dagegen verhält sich dies bei einem servus communis; verweigerte hier einer der codomini seine Einwilligung zur Freilassung, so konnte der Sklave durch Freilassung von Seiten der Uebrigen nie frei werden, *Ulp.* l. 18, *Paul.* IV. 12. 1, *fragm. Dosith.* §. 12. (was freilich von Justinian modifizirt wurde, l. 1. C. de comm. servo manum. (7, 7), §. 4. J. de donat. (2, 7); würde er aber von allen codomini zusammen frei gelassen, so waren auch alle Einzelnen seine Patrone, und Jeder derselben hatte auf die patronatischen Gerechtsame Anspruch, *Gai.* III. 59 sqq., *Ulp.* XXVII. §. 2 sqq., l. 3. §. 4. de legit. tutor. (26, 4), l. 32. §. 1. de bon. libert. (38, 2). — 2) Im Falle einer communio kann jeder einzelne Theilnehmer auf Auflösung der Gemeinschaft, also darauf antragen, daß der ihm gebührende ideelle Antheil in einen reellen verwandelt werde, l. 5. C. comm. divid. (3, 37). Bei den universitates kann zwar der Einzelne austreten, ohne jedoch im Mindesten verlangen zu können, daß ihm ein entsprechender Antheil des Gemeindevermögens überantwortet werde. — 3) Wenn Jemand ein Grundstück im alleinigen, ein andres im Miteigenthum hat, so kann durchaus keine actio finium regundorum angestellt werden, l. 4. §. 7. fin. regund. (10, 1), während dieser Klage nichts im Wege steht, wenn mein Grundstück an ein Grundstück meiner Gemeinde grenzt, und die Grenzen verwirrt sind. Im erstren Falle nämlich würde Jemand zugleich Kläger und Verklagter sein, was sich aber im zweiten ganz anders verhält, da die einzelnen Glieder einer Gemeinde und die Gemeinde selbst ganz verschiedene Personen sind. — 4) Wenn Jemand ein Grundstück im alleinigen, ein andres im Miteigenthum hat, so kann dem erstren nie eine Servitut gegen das letztere erworben werden, l. 8. §. 1. fin. de serv. (8, 1). Dagegen kann mein Acker an einem Gemeindegrundstück ohne allen Anstand Servituten erwerben, u. dgl. m. Vgl. überhaupt außer der angef. Abh. von Gaudlitz auch noch Bolley, vermischte Aufsätze, Nro. 10, Pfeifer a. a. O. S. 56 fgg.; s. auch Braun's Erörtr. zu Thib. S. 231 fgg.

b) Vom Willen und der Handlungsfähigkeit der universitates. §. 55.

Kori in seinen und Langenn's Erörtr. II. 1, Kierulff, Theorie I. S. 138 fgg., Savigny, System II. S. 324 fgg., Sintenis, prakt. Zivilrecht I. S. 117 fgg., Pfeifer a. a. O. S. 91 fgg.

1) *Scaevola* l. 19. ad municipalem (50, 1): Quod major pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint. Cf.

Ulp. l. 160. §. 1. de R. J.: Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem.

2) *Paul.* l. 1. §. ult. de adquir. poss. (41, 2): Municipes per se nihil possidere possunt, quia uni consentire non possunt [cf. l. un. §. 1. de libertis universit. (38, 3) verb.: movet enim, quod consentire non possunt]. — *Ulp.* l. 2. eod.: Sed hoc jure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint, idque iis et per servum et per liberam personam acquiratur. Vgl. Warnkönig im ziv. Archiv XX. S. 412 fgg., Savigny, Syst. II. S. 290 fgg., Sintenis, Zivilrecht I. S. 122 fgg. Not.

3) *Ulp.* l. 15. §. 1. de dolo malo (4, 3): Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. Et puto, ex suo quidem dolo non posse dari, quid enim municipes dolo facere possunt? Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. De dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio. — Cf. *Ulp.* l. 9. §. 1. quod met. causa (4, 2): Sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus, huic Edicto locus erit.

Anm. Es ist ein noch immer nicht geschlichteter Streit, ob eine universitas als solche ein Verbrechen begehen könne, oder ob nur die einzelnen Theilnehmer als die Thäter zu betrachten seien? Die bei Weitem meisten Kriminalisten sind für das Letztere, vgl, z. B. die Lehrbücher von Feuerbach §. 28, Grolmann §. 30. 57. 143, Martin §. 38, Roßhirt §. 99, Wächter I. §. 75, das Handbuch von Henke I. S. 383 fgg., u. a. m. während die meisten Zivilisten sich für das Erstere erklären, vgl. auch z. B. *Sintenis*, de delictis et poenis universitatum. Servestae 1825, Derselbe, prakt. Zivilrecht I. S. 123 fgg. Not. und die Lehrbücher von Wening §. 67, Mühlenbruch §. 197, Thibaut §. 221. (der sich jedoch in der 8ten Ausgabe §. 132. sehr zweifelnd ausdrückt: „nach der Meinung Vieler"), das Handbuch von Schweppe I. S. 181 u. A. m. Wirklich scheint auch die Möglichkeit, daß eine Gemeinde ein Verbrechen begehen könne, nicht abgeleugnet werden zu können, da sie einen Willen, und auch die Fähigkeit hat, äußerlich wirksam zu sein. Doch aber muß man sich wohl dagegen erklären, und zwar aus dem Hauptgrunde, weil die moralische Person ihrem Wesen nach uur eine juristische Fiktion ist, und nur so weit eigne Persönlichkeit und eignen Willen hat, als diese Fiktion geht, was von selbst zu dem Satze führt, daß das Verbrechen, weil die Begehung desselben nicht innerhalb des der moralischen Person vorgesteckten Zwecks liegt, nicht von der moralischen Person, sondern nur von den einzelnen dabei thätigen physischen Personen ausgeht. Dies erkennen auch die Gesetze an. In l. 15. §. 1. de dolo malo (T. 3) fragt Ulpian, ob die actio de dolo auch gegen ein Munizipium angestellt werden könne? und er

Prof. Dr. iur. Elemér Balogh

verneint dies: *quid enim municipes dolo facere possunt?* Nur müßten sie natürlich das herausgeben, was durch den dolus ihrer Geschäftsführer auf sie gekommen wäre, und nur das Letztere gestattet auch Pomponius in l. 4. de vi (43, 16). Hiergegen spricht auch nicht die oben abgedruckte l. 9. §. 1. quod met c., denn daß hier Ulpian den populus, die curia u. s. w. nicht als moralische Person, also als Einheit betrachtet, geht schon aus dem Gegensatze: persona singularis hervor, und es wird also nur in dieser Stelle der Satz aufgestellt, den auch Niemand bezweifelt, daß mehrere Personen, die zufällig in einem Kollegium u. dgl. vereinigt sind, eben so gut delinquiren können, als ein Einzelner; vgl. auch cap. 5. de sent. excomm. in 6to (5, 11). Zwar kennt die Geschichte allerdings Beispiele, daß Gemeinheiten als solche bestraft sind, und selbst einige gesetzliche Vorschriften finden sich hierüber, vgl. Auth. *item nulla* und Auth. *item quaecunque* C. de episc. et cleric. (1, 3), aber man kann hierbei keine Handlungen der Justiz, sondern nur politische Regentenhandlungen erkennen. Vgl. auch *Lauenstein,* de universitate non delinquente. Goett. 1840, Puchta in Weiske's Rechtslexikon III. S. 71, Savigny, System II. S. 310 fgg., Pfeifer a. a. O. S. 101 fgg., Ziegler, die Verbrechens-Unfähigkeit juristischer Personen. Mitau 1852, Uhrig a. a. O. S. 30 fgg.

c) Von der Aufhebung derselben. §. 56.

Kierulff, Theorie I. S. 141 fgg., Puchta in Weiske's Rechtslexikon III. S. 72 fgg., Savigny, System II. S. 279 fgg. Sintenis, Zivilr. I. S. 112 fgg., Pfeifer a. a. O. S. 113 fgg.

Anm. Ueber das Schicksal des Vermögens nach geschehener Aufhebung vgl. Marezoll in v. Löhr's Magazin Bd. IV. S. 207 fgg., Fritz, Erläutr. zu Wening S. 159 fgg. und Puchta, kleinere vermischte Schriften Nro. 34. S. 596 fgg. Die oft hierher gezogene Stelle Marcian's in l. 3. pr. de colleg. et corpor. (47, 22): Collegia si qua fuerint illicita mandatis et constitutionibus et senatusconsultis dissolvuntur; sed permittitur iis, quum dissolvuntur, pecunias communes, si quas habent, dividere pecuniamque inter se partiri, darf übrigens in keinem Falle hierher gezogen werden, da sie nur von collegiis *illicitis,* also gar nicht von juristischen Personen spricht.

d) Von den Vorstehern einer universitas. §. 57.

2) Von einigen besondern Arten von universitates.

a) Vom Fiskus. §. 58.

Dig. XLIX. 14. Cod. X. 1. de jure fisci. — *Peregrini,* de jurib. et privileg. fisci. Montisb. 1619. 12. Col Agr. 1663. 4. *Leyser,* meditt. ad Pand. spec. 657 et 58. Weitzel, über die Singular-

Rechte des Fiskus. Tüb. 1818. *Kaucher*, de fisco Romanor. Heidelb. 1819. Uhrig a. a. O. S. 16 fgg.

b) Von den Städten. §. 59.

Dig. L. 8. de administrationes rerum ad civitatem pertinent. Cod. XI. 59. de jure reipublicae.

C. Von den Stiftungen. §. 60.

Cod. I. 3. de episcop. et clericis et orphanotrophis et xenodochis rel. — Hierher gehören die zahlreichen Schriften über den berühmten Städel'schen Prozeß, unter denen besonders hervorzuheben sind Elvers theoretisch praktische Erörtrungen aus der Lehre von der testam. Erbfähigkeit insbesondere juristischer Personen. Göttingen 1827 u. Mühlenbruch, Beurtheilnng des Städel'schen Beerbungsfalls. Halle 1828. Vgl. auch Zimmern in Schuncks Jahrbücher VII. S. 253 fgg., Northoff, die Giltigkeit der Erbeinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung. Göttingen 1833, Kierulff, Theorie I. S. 146 fgg., Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Kommentar XL. S. 1 fgg., Savigny, System II. S. 262 fgg., Pfeifer a. a. O. S. 122 fgg., Uhrig a. a. O. S. 184 fgg., Roth in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Privatrechts. Bd. I. S. 189 fgg.

Anm. Es ist in unsren Tagen — namentlich auf Veranlassung des Städel'schen Prozesses — mehrfach behauptet worden, daß unsrem gemeinen Rechte eine selbstständige Persönlichkeit der Stiftungen ganz fremd sei. Nach römischem Rechte sowohl, vgl. z. B. l. 24. 49. C. h. t., als nach kanonischem, vgl. z. B. c. 11. 17. X. de testam. (3, 27) walte vielmehr überall der Gesichtspunkt, daß jede Verfügung **ad pias causas** als unmittelbar zu Gunsten einer kirchlichen Gemeinde geschehen, und das Stiftungs-Vermögen als zu den **bona ecclesiastica** gehörig anzusehen sei, vgl. besonders Roßhirt im ziv. Arch. X. S. 323 fgg., Fritz, Erläuterungen zu Wening I. S. 153 fgg., und im Ganzen auch Northoff a. a. O. S. 13 fgg. Müsse man nun auch zugeben, daß h. z. T. bei vielen Stiftungen kein solcher Nexus mit der Kirche mehr begründet sei, wie er im römischen und im kanonischen Rechte vorausgesetzt werde, so bestehe die Verschiedenheit zwischen Jetzt und Damals doch nur darin, daß an die Stelle der Kirchen vielfach weltliche Kommünen getreten seien, nämlich der Staat selbst oder einzelne Gemeinden im Staate, und jener in den Gesetzen begründete Gesichtspunkt müsse doch auch jetzt insofern Geltung haben, daß die Stiftungen niemals als selbstständige juristische Personen, sondern stets nur als zu einer kirchlichen oder weltlichen Kommüne gehörige Anstalten aufgefaßt werden dürften, und Stiftungs-Vermögen

also immer nur den Charakter von Kirchen=, Staats= oder städtischem Vermögen an sich trage. Hieraus wird denn namentlich gefolgert, daß, wenn Jemand eine zu errichtende Stiftung zum Erben eingesetzt habe, dies nur den Sinn haben könne, daß eine bestimmte kirchliche oder weltliche Kommüne — z. B. in dem Städel'schen Falle die Stadt Frankfurt — mit der Auflage zum Erben eingesetzt sei, die zugewiesenen Fonds zur Gründung einer solchen Anstalt zu verwenden, Roßhirt und Fritz a. d. aa. OO. Diese neue Lehre ist aber gewiß unbegründet, und mit Recht haben sich fast alle späteren Juristen dagegen ausgesprochen. Was nämlich jene Deduktion aus dem römischen und kanonischen Rechte anbelangt, so liegt hier augenscheinlich, wie Puchta, Lehrbuch §. 27. Anm. k treffend bemerkt, eine Verwechslung der Verwaltungs= mit der Existenz=Frage zu Grunde, und wenn allerdings im kanonischen Rechte das Stiftungs=Vermögen unter den allgemeinen Begriff der bona ecclesiastica gestellt wurde, so sollte damit auch nicht entfernt die selbstständige juristische Persönlichkeit solcher Stiftungen negirt werden, sondern es hatte dies nur den Sinn, daß dasselbe der Oberaufsicht der Kirchenbeamten unterworfen sein, und an den mancherlei Privilegien des Kirchenguts Theil haben solle. Damit fallen von selbst die Folgerungen hinweg, welche die Vertheidiger jener Ansicht für unser heutiges Recht machen, und obwohl nicht geleugnet werden kann, daß wirklich h. z. T. vielfach Stiftungen vorkommen, die keine selbstständigen juristischen Personen sind, sondern nur als kirchliche oder als Staats= oder städtische Anstalten aufgefaßt werden dürfen, so ist es doch entschieden irrig, dies als das Ausschließliche und Einzige anzunehmen, und ein Blick auf das wirkliche Leben hätte schon von einer solchen Behauptung abhalten sollen. Ueberall treten uns Stiftungen der mannigfaltigsten Art entgegen, die mit den kirchlichen oder weltlichen Kommünen, zu denen sie nach jener Theorie als integrirende Theile gehören müßten, nicht nur in alle möglichen Rechtsverhältnisse treten, sondern auch sehr oft in Prozesse verwickelt werden, was doch gewiß nur unter Voraussetzung einer selbstständigen Persönlichkeit gedacht werden kann. Vgl. auch Mühlenbruch, Städel'scher Beerbungsf. S. 63 fgg., Kommentar S. 79 fgg., Kierulff a. a. O. S. 148 fgg., Savigny a. a. O. S. 271, Sintenis, Zivilrecht I. S. 107 Anm. 12, Pfeifer a. a. O. S. 122 fgg., Uhrig a. a. O. S. 189 fg., Roth a. a. O. S. 203 fg. u. v. A. m. Hieraus geht aber auch von selbst hervor, wie es sich mit der weiteren oben angeführten Behauptung verhält, daß ein Testament, in welchem eine zu errichtende Stiftung zum Erben eingesetzt sei, immer als Erbeinsetzung einer bestimmten anderweiten Kommüne, und zwar als eine heredis institutio sub modo aufgefaßt werden müsse. Daß dieses der Sinn einer solchen Disposition sein *kann*, ist freilich wahr; daß er es aber immer, oder auch nur gewöhnlich sei, muß als ganz unbegründet verworfen werden, und wenn er es in einem konkreten Falle nicht ist — was nach allgemeinen Auslegungs=Regeln ermessen werden muß, — so darf er auch dem Testamente nicht blos zu dem Zwecke aufgedrungen werden, um dadurch etwa eine sonst ungiltige Erbeinsetzung, taliter qualiter aufrecht zu erhalten, vgl. besonders Mühlenbruch, Städelscher Beerbungsf. S. 61 fgg. Kommentar S. 95 fgg., Roth a. a. O. S. 209 fgg.

Muß man aber hiernach die rechtliche Möglichkeit einer selbstständigen

Rechtssubjektivität der Stiftungen anerkennen, so entsteht die weitere Frage, ob auch bei Stiftungen eben so, wie bei Kollegien zur Begründung einer juristischen Persönlichkeit die Genehmigung der Staatsgewalt nothwendig sei? Auch hierüber herrscht viel Streit, und so erklären sich z. B. — um hier nur einige Wenige anzuführen, die sich ausführlicher über diese Frage ausgesprochen haben — gegen die Nothwendigkeit einer solchen Konzession Elvers a. a. O. S. 157 fgg., Northoff a. a. O. S. 93 fgg. und Puchta in Richter's krit. Jahrb. 1840. S. 705 fgg., vgl. auch Ortloff u. A., juristische Abhandlungen und Rechtsfälle I. S. 428. 430 fgg., Demelius in Iherings Jahrbb. IV. S. 140 fgg., während umgekehrt dieselbe als unentbehrlich angenommen wird von Mühlenbruch, Städel'scher Beerbungsf. S. 146 fgg., Kommentar S. 5 fgg., Kierulff a. a. O. S. 150 fgg., Savigny a. a. O. S. 276 fgg., Sintenis, Zivilrecht I. S. 110 fgg. Anm. 24., Pfeifer a. a. O. S. 130 fgg. und Roth a. a. O. S. 205 fgg. Lassen wir die mancherlei staatswirthschaftlichen, politischen, Zweckmäßigkeits= und Billigkeits=Gründe, die man vielfach von beiden Seiten für und gegen die Nothwendigkeit einer solchen Genehmigung vorgebracht hat, billig außer Berücksichtigung, und halten uns lediglich an die Rechtsfrage, so scheint mir im Allgemeinen die Nothwendigkeit einer staatlichen Genehmigung außer allem Zweifel zu sein, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil jede juristische Person ihrem innersten Wesen nach unleugbar eine Fiktion ist, und eine solche mit rechtlichem Effekte natürlich nur durch die Staatsgewalt begründet werden kann. Dies kann aber freilich in doppelter Weise geschehen, indem entweder durch einen Rechtssatz, also durch ein eigentliches Gesetz, allgemein ausgesprochen wird, daß unter diesen oder jenen Voraussetzungen eine juristische Persönlichkeit als vorhanden angenommen werden solle, oder indem durch eine besondre Konzession in einem einzelnen Falle, also durch ein Privilegium, eine solche Persönlichkeit begründet wird. Ein Gesetz, wodurch von vorneherein frommen oder milden Stiftungen juristische Persönlichkeit beigelegt würde, existirt nun in unsrem gemeinen Rechte nicht, denn wenn man dafür wohl die l. 46. C. h. t. anführt, so ist dies theils schon darum unzulässig, weil diese Konstitution zu den leges restitutae gehört (vgl. Mühlenbruch, Kommentar XXXIX. S. 467 fgg.) und darum keine praktische Geltung hat, theils auch deßhalb, weil hier doch immer die Mitwirkung der Kirchenobern vorausgesetzt wird, und diese im Geiste jener Zeit unbedenklich in dieser besondren Richtung als Organ der Staatsgewalt angesehen werden konnten. Eben so wenig, wie ein geschriebenes Gesetz, läßt sich auch eine gemeinrechtliche Gewohnheit nachweisen, wornach Stiftungen ohne Weiteres als juristische Personen anerkannt werden müßten, vgl. besonders Mühlenbruch, Städel'scher Beerbungsfall S. 191 fgg. und Kommentar XL. S. 21 fgg., und so bleibt denn gemeinrechtlich gewiß nichts übrig, als daß in einem jeden einzelnen Falle durch eine besondre Konzession der Staatsgewalt, also durch ein Privilegium, die juristische Persönlichkeit der Stiftung geschaffen werden muß. Dabei versteht es sich übrigens ganz von selbst, daß eine solche Genehmigung, in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze über consensus tacitus, auch stillschweigend ertheilt werden kann. —

Drittes Kapitel.

Von den Sachen.

I. Begriff von Sache; körperliche und unkörperliche Sachen. §. 61.

Inst. II. 2. de rebus corporalibus et incorporalibus. — v. Buchholtz, Versuche Nr. 1, Fritz, Erl. zu Wening I. S. 162 fgg., Schilling, Lehrb. der Instit. und Rg. II. §. 50. 58, Boecking, Pand. I. §. 67, Girtanner in Gerber's und Ihering's Jahrbb. III. S. 72 fgg.

II. Juristisch relevante Eintheilungen der Sachen.

Inst. II. 1. de rerum divisione, Dig. I. 8. de divisione rerum et qualitate. — Westphal, Syst. des röm. R. über die Arten der Sachen ꝛc. Leipzig 1788, v. Buchholtz, Versuche Nr. 1—7, Schilling, Lehrb. II. §.50—67, Boecking, Pand. I. §. 67—81, Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 40 und 41, Heimbach in Weiske's Rechtslex. IX. S. 464 fgg.

A. Bewegliche und unbewegliche Sachen. §. 62.

Boecking, Pand. §. 74. (im Anhang VIII. S. *34 fgg. findet sich auch eine Ausführung von Rudorff über röm. Behandlung und Benennung der Ländereien). — Unger, Syst. I. §. 48.

B. Res in commercio und extra commercium, res in patrimonio und extra patrimonium.

1) Im Allgemeinen. §. 63.

2) Insbesondere:

a) Res divini juris. §. 64.

Dig. XI. 7; Cod. III. 44. de religiosis. — Schilling §. 52—54, Boecking §. 69.

b) Res communes omnium. §. 65.

c) Res publicae. §. 66.

1) *Ulp.* l. 2. §. 21. 22. ne quid in loco publ. vel itin. fiat (43, 8): Viam publicam eam dicimus, cujus etiam solum publicum est, non enim sicuti in privata via ita et in publica accipimus; viae privatae solum alienum est, jus tantum eundi et agendi nobis competit; — — (§. 22.) Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales. Publicas vias dicimus, quas graeci *βασιλικάς*, nostri praetorias, alii consulares vias appellant. Privatae sunt, quas agrarias quidam dicunt. Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt. Has quoque publicas esse quidam dicunt, quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. — Cf. *Ulp.* l. 3. pr. de loc. et itinerib. public. (43, 7): Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non extat, publicarum viarum numero sunt.

2) *Ulp.* l. 1. §. 1—3. de fluminib. (43, 12): Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium. (§. 2.) Item fluminum quaedam sunt perennia, quaedam torrentia; perenne est, quod semper fluat, *ἀένναος*, torrens *ὁ χειμάῤῥους;* si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est. (§. 3.) Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non; publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit; haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis. Cf. *Marcian.* l. 4. §. 1. de rer. divis.: Flumina paene omnia et

portus publica sunt, und §. 2. J. de rer. divis.: Flumina autem omnia et portus publica sunt.

Anm. Ueber die Wege vgl. Puchta, ziv. Abh. S. 86 fgg., über die Flüsse s. Gesterding im ziv. Arch. III. Abh. 5, Funke das. XII. Abh. 15 und 21, Hoffmann, Versuche in Bearbeitung des röm. Rechts. Heft 2. Darmstadt 1831. S. 1 fgg., Fritz, Erläutr. zu Wening S. 169 fgg., Kori im ziv. Arch. XVIII. Abh. 2, Elvers in seiner Themis N. F. I. S. 413 fgg., Sintenis I. S. 417 fgg., Börner im ziv. Arch. XXXVIII. S. 149 fgg. S. 359 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. XIV. S. 86 fgg.

d) Res nullius. §. 67.

C. Res fungibiles und non fungibiles. §. 68.

Paul. l. 2. §. 1. de R. C. (12, 1): Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt; quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia [*Hal.* quae] in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis, quam specie; nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

Anm. 1. Unter den vielen Arten der res fungibiles ist vor allen Dingen das Geld auszuzeichnen, vgl. darüber besonders Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. I. Abh. 7, Hoffmann, die Lehre vom Gelde. Berlin 1838, Savigny, Obligat. I. S. 403 fgg., Keller, Pand. §. 47. Der Werth des Geldes kann aber nach Verschiedenheit der aufgefaßten Gesichtspunkte sehr verschieden bestimmt werden:

1) Der wahre Werth des Geldes besteht darin, daß es ein allgemeines Tauschmittel ist, oder wie Seuffert, Erörtr. I. S. 60. richtig sagt, ein Maaßstab, wodurch alle Dinge der Sinnenwelt nach ihrem Werthe gemessen werden können, ein Medium, wodurch die verschiedenartigsten Gegenstände mit einander in Verhältniß gesetzt werden. Um diesen Werth des Geldes zu bestimmen, muß also die Frage beantwortet werden: wie viel Sachen andrer Art, außer Geld, kann ich für eine bestimmte Summe erhalten; vgl. l. 1. pr. de contrah. emt. (18, 1), l. 94. §. 1. de solut. (46, 3).

2) Sehr verschieden von diesem Tauschwerth ist der innere Werth des Geldes, wobei das Verhältniß des einzelnen gemünzten Metallstücks zu dem Metall, welches den Stoff desselben bildet, entscheidet, und zwar kommt dabei theils das s. g. Korn in Betracht, d. h. die Art des Metalls und die Mischung mit andern Metallen, theils das Schrot, d. h. die Quantität, die sich in der Schwere der Münze ausspricht. In den meisten Fällen ergibt sich Schrot und Korn einer Münze schon aus ihrem Namen; da aber doch der Staat auch nicht

selten unter gleicher Benennung verschiedene Münzen ausprägt, so muß man, um den innern Werth zu bestimmen, wissen, wie viele Stücke dieser Sorte aus einer bestimmten Quantität Metalls geprägt sind? m. a. W. man muß den **Münzfuß** kennen, zu dessen Bezeichnung in Deutschland die Zahl der Gulden angegeben wird, die aus einer Mark, d. h. 16 Loth Silbers geprägt werden. Bei andern Münzsorten als Gulden muß man dann das Verhältniß derselben zum Gulden bestimmen, und weiß man also z. B. daß ein Thaler stets 1½ Gulden enthält, so kennt man auch den innern Werth eines z. B. im 24Guldenfuß ausgeprägten Thalers. Es sind da nämlich 16 Thaler (= 24 Gulden) aus einer Mark Silber geprägt, und jeder Thaler enthält 1 Loth Silber, während z. B. nach dem 18 Guldenfuß ein Thaler 1⅓ Loth enthält, und nach dem sich h. z. T. immer mehr verbreitenden 21 Guldenfuß 1⅛ Loth auf den Thaler kommt.

3) Wenn auch edle Metalle sich ganz vorzüglich wegen ihrer Seltenheit, Dauerhaftigkeit und Theilbarkeit zum allgemeinen Tauschmittel eignen, so ist doch an sich betrachtet, ein Stück von diesem Metall eine Waare, wie andre Waaren auch, ohne absoluten Werth, und nicht als Tauschwerth zu gebrauchen. Dies wird vielmehr erst möglich durch das Gepräge, durch welches der äußere Werth des Geldes zunächst bestimmt wird. Daß nun dieser Geprägewerth bei einer etwaigen Kollision mit dem innern Werthe stets vorgehen müsse, versteht sich von selbst. Regelmäßig aber wird ein Mißverhältniß in dieser Beziehung, wo nicht bestimmte Prohibitiv-Gesetze entgegen stehen, dahin führen, daß sich statt des gesetzlichen im Handel und Wandel ein usueller Werth bildet, welcher sich dem innern Werthe der Metallstücke näher anschließt. Ueber das Verhältniß dieses Kurswerths zu dem Geprägewerth entscheiden aber durchaus die allgemeinen Grundsätze.

4) Ueber die wichtige Frage, welchen Einfluß eine Veränderung des Geldwerths auf Geldschulden habe, vgl. unten §. 570. Anm.

Anm. 2. Ueber römische Gewichte, Münzfüße und Maaße vgl. besonders **Böckh**, metrologische Untersuchungen über Gewichte, Münzfüße und Maaße des Alterthums. Berlin 1838, **Mommsen**, über das römische Münzwesen; in den Abhandlungen der philol. histor. Klasse der k. Sächsischen Gesellsch. der Wissensch. 1850. S. 223 fgg. und in gedrängter Uebersicht **Boecking**, Institutionen I. S. 341 fgg. und Pandekten I. Anh. IX. S. *43 fgg.

D. Res, quae usu consumuntur vel minuuntur, und res, quae usu non consumuntur vel minuuntur.

§. 69.

E. Res dividuae und individuae.

BIBLIOTHECA BODLEIANA

§. 70.

Warnkönig in Roßh. Zeitschr. III. S. 67 fgg., **Wächter** im ziv. Arch. XXVII. S. 154 fgg., **Savigny**, Oblig. R. I.

S. 305 fgg., Böcking, Pand. I. §. 75, Unger, System I. §. 51. Vgl. auch Barth, der Grundbegriff der rechtlichen Theilung. Regensburg 1850.

F. Einfache und zusammengesetzte Sachen. §. 71.

Pompon. l. 30. pr. de usurpat. et usuc. (41, 3): Tria genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu et graece ἡνομένον vocatur, ut homo, lignum, lapis et similia; alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex. — — §. 2. De tertio genere corporum videndum est; non autem grex universus sic capitur usu, quomodo singulae res, nec sic, quomodo cohaerentes; quid ergo est? Etsi ea natura ejus est, ut adjectionibus corporum maneat, non item tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio; nec si quid emtum immixtum fuerit gregi augendi ejus gratia, idcirco possessionis causa mutabitur, ut si reliquus grex dominii mei sit, haec quoque ovis; sed singulae suam causam habebunt, ita ut, si quae furtivae erunt, sint quidem ex grege, non tamen usucapiantur. Vgl. Hasse im ziv. Archiv V. 1, Warnkönig das. XI. 9, Mühlenbruch das. XVII. 12, Wächter, Erörtr. I. 1, Girtanner in Ihering's Jahrbb. III. S. 100 fgg. S. 189 fgg., Dernburg, Pfandrecht I. S. 452 fgg., Unger, System I. §. 57.

Anm. Pomponius unterscheidet in l. 30 cit. drei Arten von Sachen. Entweder sind die einzelnen Theile einer Sache auf eine organische Weise mit einander verbunden (h. z. T. s. g. res unitae), oder auf eine mechanische Weise (s. g. res connexae s. compositae), oder die Theile stehen in gar keiner äußern Kohärenz, sondern werden nur durch den Begriff zu einem Ganzen verbunden (s. g. universitates rerum). Hierbei aber darf nicht übersehen werden, daß der Name universitas bei den Römern keineswegs ausschließlich für die letztere Art von Sachen gebraucht wird, sondern auch häufig für die zweite Art vorkommt, z. B. universitas aedium u. dgl., vgl. z. E. l. 23. pr. de usurp. et usuc., l. 7. §. 11. de adqu. rer. dom. (41, 1), l. 8. quod vi aut clam. (43, 24), Hasse im ziv. Archiv V. S. 5 fgg., was uns aber nicht zu der Ansicht verleiten darf, beide Arten von Sachen, die universitates rerum cohaerentium und distantium ständen unter ganz gleichen Rechtsprinzipien, indem vielmehr in

nicht wenigen Fällen, z. B. in der Lehre vom Besitz und der Usukapion, das direkte Gegentheil vorkommt. — Was nun noch besonders die universitates rerum im engern Sinn des Worts, die s. g. Sachgesammtheiten oder Begriffsganze, anbelangt, so geht die herrschende Ansicht, die wohl gewiß durch die Glosse zu l. 1. §. 8. quando de peculio (15, 2) veranlaßt ist, dahin, daß man zwei wesentlich verschiedene Arten derselben, die universitates juris und die universitates facti unterscheiden müsse, und zwar stellt man darüber gewöhnlich folgende Sätze auf: universitas juris sei das Vermögen eines Menschen, welchem, als ein Ganzes betrachtet, die Gesetze gewisse besondere Rechte beigelegt hätten, und zwar namentlich trete dabei eine in rem actio universalis ein, und es greife die Regel dabei Platz: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, die man wohl auch so ausdrückt: surrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatum est. Für die Wahrheit dieser Sätze beruft man sich aber vorzüglich auf l. 20. §. 10. de H. P., und bald als Beispiele, bald als erschöpfend führt man gewöhnlich als solche universitates juris auf: das gesammte Vermögen eines Menschen, besonders in der Gestalt der hereditas, und das peculium. Die univ. facti sei dagegen jede andre universitas rer. distantium, und sie zeichne sich eben dadurch aus, daß dabei jene charakteristischen Grundsätze nicht einträten, wie z. B. eine Heerde, eine Bibliothek, ein Waarenlager u. dgl.

Man muß sich aber auf das Ernstlichste gegen diese ganze Eintheilung erklären, da sie nur auf Mißverständnissen beruht, und gar leicht zu bedeutenden Irrthümern hinführen kann, wie dies schon früher *Mühlenbruch*, observat jur. rom. Regim. 1818. c. 1. angedeutet, später aber, nachdem auch Hasse im civ. Archiv V. Nro. 1. ihm im Wesentlichen beigetreten war, ausführlicher nachgewiesen hat im civ. Archiv XVIII. S. 321 fgg., vgl. auch Wächter, Erörtr. Heft I. Nro. 1, Heimbach im Rechtslexikon IX. S. 483 fgg., Sintenis I. §. 41. Note 60, Unger I. S. 471 fgg. Man bemerke:

1) die Regel: in universitatibus res succedit in locum pretii et v. v. findet ihren Ursprung in dem gewöhnlich s. g. SC. Juventianum unter Hadrian über die Frage, was ein Erbschaftsbesitzer zu restituiren habe, vgl. l. 20. §. 6 sqq., l. 22. l. 25. de H. P. Der Inhalt ist im Wesentlichen der, daß der Erbe berechtigt, nicht aber auch verpflichtet sein soll, von dem Erbschaftsbesitzer den Kaufpreis für eine von diesem verkaufte res hereditaria und das gemachte lucrum zu fordern, und in dieser Beziehung nur heißt es: in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum, l. 22. cit. In welchem beschränkten Sinne also schon bei der H. P. selbst jene Regel aufzufassen sei, leuchtet von selbst ein, da es dem Erben, abgesehen von einigen besondern Fällen, immer auch gestattet ist, statt des Kaufpreises die Erbschaftssache selbst von dem dritten Besitzer abzuholen. Die weitere Ausdehnung dieser, in ihrer eigentlichen Anwendung schon mißverstandnen Regel auf andre s. g. universitates juris beruht aber auf l. 20. §. 10. de H. P.: Non solum autem in hereditate hoc utimur SCto, sed et in peculio castrensi, vel alia universitate, die man gewöhnlich so auslegt, das SC. komme nicht blos bei der von einem Universalsuccessor angestellten H. P. in Betracht, sondern auch bei der actio in rem universalis, mit welcher der filius familias

ein ihm gehöriges Pekulium einklage, und bei andern dergleichen universitates juris. Dies ist aber offenbar falsch, und der wahre Sinn jener Stelle ist nur, wie Hasse a. a. O. S. 57. und Mühlenbruch a. a. O. S. 338 fgg. nachgewiesen haben, folgender: das Senatuskonsultum findet nicht nur bei eigentlicher hereditas, sondern auch bei andern Universalsuccessionen Anwendung, wie namentlich bei der Succession in ein peculium castrense (welche bei den Römern nicht als wahre hereditas betrachtet wurde, Hasse S. 48. 49, Mühlenbruch a. a. O.) und andern mehr (z. B. bei der bonorum possessio, der bonorum emtio u. s. w.). Daß mit dieser richtigen Interpretation jede Ausdehnung der obigen Regel über die H. P. hin von selbst als unzulässig erscheint, versteht sich von selbst, und es kann also in derselben kein Vereinigungspunkt für die mehreren s. g. universitates juris gefunden werden.

2) Die eben erklärte l. 20. ist aber auch der Sitz des zweiten angeblichen Kriteriums für die s. g. universitates juris, daß nämlich bei diesen universelle Realklagen Statt fänden. Die gewöhnliche Auslegung ist nämlich nur unter der Voraussetzung möglich, daß man auch ein Pekulium und andre universitates eben so mit einer universellen Realklage einfordern könne, wie der Erbe die hereditas. Daß dieß aber aus unsrer Stelle nicht gefolgert werden könne, geht aus der vorher gegebenen Interpretation derselben von selbst hervor, da hiernach in derselben blos und allein von der H. P. die Rede ist. Daß aber auch die ganze Behauptung unwahr sei, und daß namentlich das Pekulium, welches man doch stets als die zweite Hauptart der universitates juris aufführt, durchaus keine solche universelle Klage zulasse, geht mit Evidenz aus l. 56. de R. V. hervor, wo geradezu gesagt ist, daß eine vindicatio peculii nicht statthaft sei, sondern daß man res singulas einklagen müsse.

Das Resultat ist also: die Unterscheidungsmerkmale, die man gewöhnlich für die universitates juris annimmt, sind durchaus blos Eigenthümlichkeiten der hereditas, die man aus reinem Mißverständniß auch auf andere universitates hat ausdehnen wollen. Will man nun die hereditas wegen dieser Eigenthümlichkeiten und etwa wegen noch andrer Besonderheiten, die dabei vorkommen, wie z. B. daß sie personae vice fungitur, eine juris universitas nennen, so läßt sich dagegen an sich nichts einwenden, wenn man sich nur hütet, diese Eigenheiten auf andre universitates, wie z. B. das Pekulium, übertragen zu wollen. Will man aber mit manchen Neuern, z. B. Warnkönig a. a. O., Arndts Lehrbuch §. 48 u. A., sich mehr an die Begriffe der Glosse anschließend, den Ausdruck juris universitas für gleichbedeutend mit jurium universitas nehmen, und das Eigenthümliche darein setzen, daß nicht blos corpora, sondern auch incorporalia darin enthalten seien, so würden allerdings außer der hereditas auch noch andre universitates, wie namentlich das Pekulium, aber auch eben so gut noch manche andre, die man nicht dahin zu rechnen pflegt, z. B. eine taberna mit ihren activis und passivis u. dgl. m. dahin gehören; aber diesem ganzen Begriff würde es an juristischer Realität fehlen, da diese so unter einen Namen vereinigten universitates auch nur diesen Namen, nicht aber auch unterscheidende Rechtsgrundsätze gemein hätten.

Man thut daher gewiß besser, die rechtlichen Grundsätze über universitates

rerum ohne alle Rücksicht auf jenen verwirrenden Unterschied zwischen universitates juris und facti aufzustellen. Man muß aber dabei von dem einfachen Grundsatz ausgehen, daß immer, wenn eine universitas Gegenstand eines Rechtsverhältnisses ist, darunter nicht die universitas als solche, sondern nur die einzelnen körperlichen Sachen verstanden werden dürfen. Wenn die herrschende Lehre vielmehr dahin geht, daß nicht selten — ähnlich wie bei einer universitas hominum ein neues fingirtes Subjekt, welches von den einzelnen physischen Personen verschieden sei, angenommen werden müsse — so auch bei einer universitas rerum ein neues von den darin begriffenen Sachen verschiedenes, ideelles Objekt, also eine besondre Art von unkörperlichen Sachen zu statuiren sei: so scheinen zwar die Quellen-Aussprüche über die vindicatio gregis dafür zu sprechen, daß auch den römischen Juristen eine solche Auffaßung nicht ganz fremd ist (vgl. §. 332), dennoch muß man sich gewiß dagegen erklären. Zwar kommen unleugbar bei Rechtsgeschäften über universitates mehrfache Eigenheiten vor (z. B. bei Vermächtnissen, Verpfändungen, Verkäufen von Sachgesammtheiten, in welchem letztren Falle namentlich auch an die besondren Grundsätze über Haftung wegen Eviktion und wegen heimlicher Mängel zu erinnern ist), aber dieselben erklären sich sämmtlich nicht sowohl aus der Annahme eines neuen ideellen Objekts, als vielmehr daraus, daß die einzelnen körperlichen Sachen nicht für sich, sondern nur in ihrer Zusammengehörigkeit, in ihrer Totalität, als Gegenstand des Rechtsgeschäfts aufgefaßt werden. Der Beweis hierfür kann natürlich nur im Zusammenhang mit den einzelnen einschlagenden Lehren geführt werden. Vgl. insbesondere Wächter, Dernburg, Unger a. d. aa. OO., Brinz, Lehrbuch §. 50.

G. Haupt- und Nebensachen.

1) Im Allgemeinen. §. 72.

2) Insbesondere:

a) Pertinenzen. §. 73.

Dig XIX. 1. de actione emti venditi; XXXIII. 7. de instructo vel instrumento legato. — *Beselin*, de pertinentiis. Gött. 1782. 4. (deutsch übersetzt in Barth, Sammlung auserlesener Dissertationen. Augsb. 1835 fgg. Bd. I. Lief. 1. S. 105 fgg.), Gesterding, alte und neue Irrthümer. S. 301 fgg., Funke, die Lehre von den Pertinenzen. Chemnitz 1827, Heyne im Rechtslex. VII. S. 904 fgg. — Glück II. S. 472 fgg. XVI. S. 98 fgg., Kierulff, Theorie I. S. 330 fgg., Sintenis I. S. 430 fgg., Wächter, Handbuch II. S. 245 fgg., Unger I. §. 55.

b) Verwendungen. §. 74.

Dig. XXV. 1. de impensis in res dotales factis. — Leist, das erlaubte und ungerufene Eingreifen in fremde Vermögens-Angelegenheiten. Jena 1855. S. 11 fgg.

c) Früchte.

Dig. XXII. 1. de usuris et fructibus rel.; Cod. VII. 51. de fructibus et litium expensis. — Heimbach, die Lehre von der Frucht nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. Leipzig 1843, Wächter, Handbuch II. S. 259 fgg., Ders. Erörtr. I. Nr. 3, Unger I. §. 56. Vgl. auch Savigny, Syst. VI. S. 101 fgg.

α) Im Allgemeinen. §. 75.

β) Insbesondere von Zinsen.

Dig. XXII. 1. de usuris rel.; Cod. IV. 32. de usuris. *Salmasius*, de usuris liber. Lugd. Batav. 1639, *Noodt*, de foenore et usuris libri III. (in opp. I.), Glück XXI. S. 1 fgg., Fritz, Erl. zu Wening. H. III. S. 20 fgg., Unterholzner, Schuldverh. I. S. 309 fgg., Koch, Recht der Fordr. I. S. 87 fgg., Schilling, Lehrbuch der Institut. Bd. III. S. 101 fgg., Sintenis, prakt. Zivilrecht II. S. 92 fgg.; vgl. auch Savigny, System VI. S. 122 fgg.

1) Begriff und Entstehungsgründe. §. 76.

1) *Papinian.* l. 6. pr. h. t.: Quum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur, et usurarum quaestio moveretur, Imp. Antoninus ideo solvendas usuras judicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore praestitisset.

2) *Ulp.* l. 26. pr. de condict. indeb. (12, 6): Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit; sed si supra modum legitimum solvit, Divus Severus rescripsit, quo jure utimur, repeti quidem non posse, sed sorti imputandum, et si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. Proinde et si ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae quasi sors in-

debita repetuntur. Quid, si simul solverit? Poterit dici, et tunc repetitionem locum habere.

3) *Philipp.* l. 18. C. h. t.: Indebitas usuras, etiamsi ante sortem solutae non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint, licet post sortem redditam creditori fuerint datae, exclusa veteris juris varietate repeti posse, perpensa ratione firmatum est.

Anm. 1. Ob auch Verpflichtung zum Zinsenzahlen durch Verjährung entstehen könne? S. T. 1. und Gesterding, Irrthümer Nr. 1, Müller, ziv. Abh. S. 232 fgg., Fritz a. a. O. S. 30 fgg., Keller in Sell's Jahrb. **III.** 5, Sintenis a. a. O. S. 93 fgg. Not.

Anm. 2. Bei der Frage über Rückforderung von **usurae indebitae** müssen folgende Fälle von einander unterschieden werden:

1) Wenn Jemand gar kein Kapital schuldet, aber doch Zinsen davon im Irrthum bezahlt, so kann er dieselben stets zurückfordern, selbst, wenn er das Kapital für ein unverzinsliches hielt, und insofern wissentlich **usuras indebitas** bezahlte, **l. 26. §. 2. de condict. indeb.**, wo sich die letzten Worte **nec videtur sciens indebitum solvisse** gerade auf den Fall beziehen, wenn er das gar nicht existente Kapital für ein unverzinsliches hielt.

2) Wenn Jemand das Kapital zwar schuldet, aber dasselbe ist unverzinslich. Bezahlt er hier wissentlich Zinsen, so versteht es sich, daß keine Rückforderung Statt findet, aber dasselbe muß auch gesagt werden, wenn er im Irrthum zahlte, **l. 26. pr. de cond. indeb.** (T. 2). Zwar leugnet dies ***Weber,*** **de usuris indebite solutis, §. 12 sqq.** (in dessen Versuchen über das Zivilrecht S. 316 fgg.), indem er **l. 26. cit.** nur von wissentlicher Zahlung nicht schuldiger Zinsen verstehen will, vgl. auch Erxleben **cond. indeb.** S. 63 fgg., aber es ist dies gewiß unrichtig, denn nicht nur, daß dagegen die bekannte Regel: **lege non distinguente nec nostrum est distinguere** spricht, so würde auch, wollte man Weber's Interpretation annehmen, aus den Anfangsworten vermittelst eines nothwendigen **argum. a contrario** folgen, daß ein wissentlich **indebite** gezahltes Kapital zurückgefordert werden könne, was Weber selbst nicht billigt. Ueberdies aber erscheint der Satz, daß **usurae indebitae** nicht zurückgefordert werden können, auch ganz konsequent, da die Römer ja auch in andern Fällen erkennbare Liebespflichten mit bürgerlicher Wirksamkeit versehen, und wie sehr namentlich die Zinspflicht nach römischer Ansicht dahin gezählt wird, geht schon aus der bekannten, unsrem Falle ganz analogen, **antichresis** recht hervor, vgl. auch *Seneca,* **epist. 81: ingratus enim est, qui beneficium reddit sine usuris.** Vgl. überhaupt Thibaut, Versuche Bd. **II.** Abh. 5. **Anm. 3.** Wenn man dies aber auch jetzt ziemlich allgemein zugibt, so ist doch die Meinung sehr verbreitet, dieses Pandektenrecht sei späterhin durch **l. 18. C. de usur.** (T. 3.) aufgehoben, was aber gewiß unrichtig ist, denn die **l. 18.** bezieht sich ganz sicher nur auf den dritten, sogleich noch zu besprechenden Fall.

3) Wenn zwar das Kapital vorhanden, und auch Zinspflicht begründet ist, aber man bezahlt über das gesetzliche Maaß, so sind auch hier usurae indebitae vorhanden. Bei *Paul.* R. S. II. 14. §. 2. heißt es hiervon: usurae supra centesimam solutae sortem minuunt, consumta sorte repeti possunt, und in §. 4: usurae, quae centesimam excedunt, *per errorem* solutae repeti possunt. Es wurde also ein Unterschied zwischen wissentlicher und unwissentlicher Zahlung gemacht; während im letztern Falle die condictio indebiti allgemein zustand, wurde im erstren Falle keine Rückforderung zugelassen, sondern das Kapital verminderte sich in fortlaufender Progression, und mußte endlich ganz verschwinden; war es aber wirklich konsumirt, dann konnten auch die wissentlich zu hohen Zinsen zurückgefordert werden nach den Grundsätzen unter 1). Dieses Verfahren konnte aber, wenn man streng sein wollte, nur dann angewendet werden, wenn wirklich die Zinsen vor dem Kapital gezahlt waren, nicht aber, wenn das Umgekehrte eintrat, oder Beides zugleich bezahlt war, und dieses war auch offenbar die Meinung des Paulus a. a. O. Eine mildre Meinung ließ aber doch auch in diesen Fällen, freilich gezwungen genug, eine Rückforderung zu, wie namentlich Ulpian l. 26. pr. de cond. indeb., und diese letztere billige Meinung wurde durch das oben erwähnte Reskript von Philippus in l. 18. C. de usur. gesetzlich gebilligt, denn es wurde da verfügt, daß usurae indebitae auch dann, wenn sie nach bezahltem Kapital prästirt wurden, exclusa veteris juris varietate zurückgefordert werden könnten. Wie man diese Verordnung auf den bei 2) besprochenen Fall hat beziehen können, vgl. z. B. Glück XIII. S. 98 fgg., Thibaut, Syst. §. 632. Not. r., Mühlenbruch, Lehrb. §. 378 bei Not. 6, Wening §. 293. Not. k., ist in der That schwer einzusehen, denn nicht nur, daß dadurch eine Antinomie in das Korp. jur. hineingetragen wird, welche wirklich gar nicht vorhanden ist, so sollte ja auch nach den klaren Worten derselben nur eine vor diesem Gesetze von manchen Juristen gemachte Unterscheidung, ob usurae indebitae vor oder nach bezahltem Kapital gezahlt seien, aufgehoben werden. Ein solcher Unterschied wurde aber niemals bei dem Fall unter 2), sondern nur in unserm Falle gemacht, wenn die usurae darum indebitae sind, weil sie das gesetzliche Zinsmaaß überschreiten; vgl. auch Röder, ziv. Abh. S. 112 fgg., Sintenis a. a. O. S. 110. Not. 58. Unrichtig ist die Darstellung von Unterholzner, Schuldverh. II. S. 46 fgg.

2) Zinseinschränkungen.

a) In Rücksicht der erlaubten Prozente. §. 77.

Anm. 1. Um sich in den Quellen gehörig finden zu können, muß man die da vorkommenden Benennungen der Zinsprozente wissen. Die zur Zeit der klassischen Juristen höchsten erlaubten Zinsen waren die usurae centesimae, d. i. 12 p. C., und der Name erklärt sich daraus, daß in jedem Monat eins von hundert gezahlt wurde. Um die geringern Prozente zu bezeichnen, nahm man diese usurae centesimae als Aß an, und benannte die geringern Zinsen

nach den Theilen dieses Aß. Diese Theile sind aber: *uncia* ($\frac{1}{12}$); *sextans* (= sexta assis pars = $\frac{2}{12}$); *quadrans* (= quarta assis p. = $\frac{3}{12}$); *triens* (= tertia assis p. = $\frac{4}{12}$); *quincunx* (= quinque unciae = $\frac{5}{12}$); *semis* (= semiassis = $\frac{6}{12}$); *septunx* (= septem unciae = $\frac{7}{12}$); *bes* (= bis triens [? cf. Fest. de V. S. voce: bes] = $\frac{8}{12}$); *dodrans* (= dequadrans i. e. as demta quadrante = $\frac{9}{12}$); *dextans* oder *decunx* (= desextans und resp. decem unciae = $\frac{10}{12}$); *deunx* (= demta uncia = $\frac{11}{12}$). Hiernach sind also z. B. usurae trientes der dritte Theil von usurae centesimae, d. h. 4 p. C., usurae besses zwei Drittheile von usurae centesimae, also 8 p. C., usurae quadrantes 3 p. C., usurae semisses 6 p. C. u. s. w. Usurae unciariae würden hiernach 1 p. C. sein; daß dies aber gewiß nicht die Bedeutung von foenus unciarium im Sinne der 12 Tafeln ist, darüber vgl. man besonders Niebuhr, römische Geschichte, neueste Ausgabe. Bd. III. S. 61 fgg. Vgl. auch überhaupt Streuber, der Zinsfuß bei den Römern. Basel 1857.

Anm. 2. Inwiefern das zum voraus Zinsen Nehmen erlaubt oder unerlaubt sei (vgl. Glück XXI. S. 71 fgg., Röber, zivil. Abhh. Nr. 4, Fritz, Erl. zu Wening H. 3. S. 66 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. II. S. 107 fgg. Not. 55.), ist mit folgenden Unterscheidungen zu beantworten:

1) Wenn gleich anfänglich bei der Hingabe des Kapitals die Zinsen vorabgezogen werden. Dies ist durch die l. 26. §. 1. C. h. t. geradezu verboten, verb.: interdicta licentia rel., und bestimmt worden, daß, wenn doch dagegen gehandelt werde, nur das wirklich aus eignem Vermögen des Gläubigers dem Schuldner Ausgezahlte als Kapital zu betrachten und zu verzinsen sei. Daraus folgt von selbst, daß die zweite, dritte scheinbare Vorauszahlung der Zinsen für das ganze scheinbar ausgeliehene Kapital als die erste, zweite wirkliche Zinszahlung anzusehen ist, und daß derjenige Theil des Zinsquantums, der für den Mehrbetrag des scheinbaren Kapitals, also die Differenz des scheinbaren und wirklichen Kapitals gezahlt ist, nach allgemeinen Regeln das Kapital ipso jure verringert, vgl. Röber S. 84 fgg., S. 88 fgg.

2) Kommt aber eine Vorausbezahlung der Zinsen nicht gleich im Anfang, sondern erst in der Folgezeit vor, so ist dies im Allgemeinen betrachtet giltig, vgl. l. 57. pr. de pact. (2, 14), l. 2. §. 6. de doli mali exc. (44, 4), und nur insofern verboten, als darin ein verkleideter Zinswucher enthalten ist. Es ist also eine solche Vorauszahlung dann völlig erlaubt, wenn die pränumerirten Zinsen zusammengerechnet mit den davon bis zum wirklichen Zahlungstag zu ziehenden landesüblichen Zinsen das höchste Zinsmaaß nicht überschreiten. Im umgekehrten Falle aber, also stets dann, wenn die vorausgezahlten Zinsen schon die höchsten erlaubten sind, muß, insoweit dieselben zusammengerechnet mit ihren Zinsen das erlaubte Zinsmaaß überschreiten, ein Zinswucher angenommen werden, und insoweit also auch eine von selbst eintretende Konsumtion des Kapitals Platz greifen. Nehmen wir also z. B. an, daß die landesüblichen und zugleich die höchst erlaubten Zinsen 5 p. C. sind, und es hat A. dem B. nach diesem Zinsfuß am 1. Januar 1838. 1000 fl. zu verzinsen, er zahlt aber statt dessen

schon am 1. Januar 1837. 50 fl., so ist es juristisch gerade so, als hätte er am erstgenannten Tage 52½ bezahlt, und das für die Folgezeit zu verzinsende Kapital beträgt also nur noch 997½. Der Sache nach nicht verschieden ist die von Fritz a. a. O. vorgeschlagene Rechnung, und zu demselben Resultat kommt auch Röder in der angef. Abh., aber man bedarf dazu nicht des Umwegs, den er einschlägt, daß nämlich eine solche Vorausbezahlung als ein verzinsliches Darlehn zu betrachten sei, welches der Schuldner dem Gläubiger mache, und daß dann am wirklichen Zahlungstage eine Kompensation eintrete. Sintenis a. a. O. kommt bei unsrer Frage zu gar keinem festen Resultat, sondern will bei der Beurtheilung der Frage, ob die Vorauszahlung einen Zinsenwucher enthalte, „auf die Umstände Rücksicht nehmen, namentlich auf die Zeit, auf welche hinaus Zinsen bezahlt werden, und auf die etwa vorliegenden Motive“. Ich zweifle sehr, daß ein solches Verstellen in das arbitrium judicis dem Geiste unserer Zinsgesetzgebung angemessen ist.

b) Verbot des Anatozismus. §. 78.

c) Verbot des Zinsennehmens über den Betrag des Kapitals. §. 79.

W. Sell in seiner Zeitschr. I. 2, Pfeiffer, prakt. Ausführ. VII. 4.

Viertes Kapitel.

Von den Handlungen.

Abschnitt I.

Von den Handlungen im Allgemeinen.

I. Begriff und Hauptarten der Handlungen. §. 80.

II. Von der Willensbestimmung.

A. Willensfähigkeit. §. 81.

Glück IV. S. 52 fgg., Savigny, Syst. III. S. 22 fgg., S. 83 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 17. S. 136 fgg., Heimbach im Rechtslex. IX. S. 190 fgg.

1) *Gai.* l. 1. §. 12. 13. de O. et A. (44, 7): Furiosum sive stipuletur, sive promittat, nihil agere, natura manifestum est. (§. 13). Huic proximus est, ut nondum intelligat, quid agatur; sed quod ad hunc benignius acceptum est, nam qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse. Vgl. *Paul.* l. 5. de R. J.: In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum, qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent; nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest.

2) *Paul.* l. 48 de R. J.: Quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia

apparuit, judicium animi fuisse. Vgl. l. 3. de divort. (24, 2) und dazu Glück IV. S. 54. Not. 47. und Savigny a. a. O. S. 87. S. auch Wächter, Handb. II. S. 674. Anm. 3.

B. Einfluß von Zwang, Irrthum, Betrug.

1) Zwang. §. 82.

Dig. IV. 2. quod metus causa gestum erit; Cod. II. 20. de his, quae vi metusve causa gesta sunt. — Glück IV. S. 167 fgg., V. S. 468 fgg., Savigny III. S. 99 fgg., Kritz, Rechtsfälle V. S. 1 fgg., Wächter, Handb. II. S. 761 fgg., Heimbach im Rechtslex. IX. S. 213 fgg., Schliemann, die Lehre vom Zwange. Rost. 1861. Vgl. auch unten §. 185. Anm., §. 431. Anm. 1. und §. 605. Anm. 2.

1) *Ulp.* l. 1. h. t.: Ait Praetor: *quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Olim ita edicebatur: *quod vi metusve causa* rel. sed postea detracta est vis mentio, quia, quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur.

2) *Ulp.* l. 5. eod.: Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed majoris malitatis.

3) *Gai.* l. 6. eod.: Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc Edictum pertinere dicemus.

4) *Ulp.* l. 9. pr. eod.: Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius. — — §. 1. — — Licet fim factam a quocunque praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait, si quo magis te de vi hostium, vel latronum vel populi tuerer vel librarem, aliquid a te accepero, vel obligavero, non debere me hoc Edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim submisi; ceterum si alienus sum a vi, teneri me non debere, ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor.

2) Irrthum. §. 83.

Dig. XXII. 6; Cod. I. 18. de juris et facti ignorantia — *Donell.* comment. jur. civ. l. c. 18 sqq.; Herrmann, von den Wirkungen des Irrthums, Wetzl. 1811 (im Auszug in Löhr's

Magaz. IV. S. 35 fgg.); Mühlenbruch im ziv. Arch. II. S. 361 fgg.; Glück XXII. S. 262 fgg.; Savigny III. S. 111 fgg., bes. aber S. 325 fgg. (Beilage VIII.); Herrmann, Beiträge zu der Lehre vom Irrthum im Zivilrechte, in der Gießer Zeitschr. neue Folge. Bd. III. S. 87 fgg., S. 189 fgg., Bd. IV. S. 325 fgg., Bd. V. S. 132 fgg., Bd. VI. S. 285 fgg.; Heimbach im Rechtslex. IX. S. 218 fgg.; Kübel in Sarwey's Monatsschr. für die Justizpflege in Württemberg. Bd. XX. S. 184 fgg.

Anm. 1. I. Irrthum (worunter hier dem herrschenden Sprachgebrauch gemäß nicht blos das eigentliche Irren, sondern auch das Nichtwissen verstanden wird, vgl. Weil in G. Z. n. F. XII. S. 318 fgg.), kann in der Regel nicht berücksichtigt werden, d. h. die im Irrthum vorgenommene Handlung bringt ganz dieselben Wirkungen hervor, wie wenn der Handelnde nicht geirrt hätte, und namentlich schützt also der Irrthum nicht gegen die durch Handlung oder Unterlassung entstandenen Nachtheile. Dieser wichtige Grundsatz bewahrheitet sich in den zahlreichsten Anwendungen, von denen hier nur beispielsweise einige wenige angedeutet werden sollen.

1) Vor Allem gehört hierher der folgenreiche Satz, daß bei einem Rechtsgeschäft, z. B. bei einem Vertrage, der Irrthum in den Beweggründen ganz ohne Einfluß bleibt, vgl. darüber Bd. III. §. 604. Anm. gegen E. Doch leidet dies aus besondren Gründen bei letztwilligen Dispositionen eine Ausnahme, indem hier allerdings auch Irrthum in den Motiven die Nichtigkeit der Disposition herbeiführen kann, vgl. §. 431. Anm. 2.

2) Wenn gegen ein unbedingt ge- oder verbietendes Gesetz etwas geschehen ist, so treten ungeachtet eines dabei zu Grunde liegenden Irrthums die gesetzlichen Folgen ein, wie z. B. wenn ein Geschäft ohne Anwendung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen abgeschlossen ist, l. 4. qui test. fac. poss. (28, 1), oder wenn eine verbotene Ehe eingegangen wird, l. 1. C. de interd. matrim. (5, 6) oder dgl. m.

3) Wenn an den Ablauf eines tempus *continuum* gesetzlich ein Rechtsverlust geknüpft ist, so schützt dagegen der Regel nach keinerlei Berufung auf Irrthum, vgl. z. B. l. 12. §. 3. fin. C. de praescript. longi temp. (7, 33). l. 3. fin. C. de praescr. XXX. annor. (7, 39).

4) Wenn eine obligatio naturalis erfüllt worden ist, so findet keine condictio Statt, wenn die Zahlung auch in noch so entschuldbarem Irrthume geschehen sein sollte, l. 64. de cond. indeb. (12, 6), l. 10. de O. et A. (44, 7).

5) Wenn Jemand irrthümlich eine gute Gelegenheit zur Erlangung eines Vortheils oder zur Erwerbung eines Rechts, zu welchem er übrigens keine Anwartschaft hat, versäumt, so kann ihm seine nachträgliche Berufung auf Irrthum begreiflich nichts helfen.

6) Hierher gehört auch der Fall, wenn Jemand sich seine Lage weniger vortheilhaft vorstellt, als sie wirklich ist, z. B. es kauft Jemand eine Sache von

einer Person, die er nicht für den Eigenthümer hält, die es aber doch wirklich ist. Hier bleibt regelmäßig der Irrthum ohne allen Einfluß, quia plus in re est, quam in existimatione, l. 9. §. 4. h. t.

II. Von diesem Grundsatze gibt es aber allerdings zahlreiche Ausnahmen, und besonders sind es folgende Fälle, in denen Irrthum rechtliche Berücksichtigung finden muß:

1) Was man nicht weiß, kann man begreiflich auch nicht wollen, *„errantis nulla est voluntas“* l. 20. de aqua pluv. (39, 3), l. 8. C. h. t., vgl. l. 15. de jurisd. (2, 1), l. 2. pr. de judic. (5, 1), l. 116. §. 2. de R. J., l. 9. C. h. t., und aus diesem Satze, dessen innere Wahrheit keinem Zweifel unterliegt, geht eine Reihe wichtiger Konsequenzen hervor:

a) Wenn bei einem Rechtsgeschäfte, z. B. einer Tradition, einer letztwilligen Verfügung, einem Vertrage u. dgl. ein Irrthum in der Weise vorgekommen ist, daß derselbe nicht etwa nur solche Umstände, die blos auf die Entstehung des Willens von Einfluß sind, sondern vielmehr den wesentlichen Inhalt der Willenserklärung betrifft, so ist offenbar nur der trügerische Schein eines Willens, aber nicht der Wille vorhanden, dessen Dasein die wesentliche Voraussetzung dieses Rechtsgeschäfts ist, und als nothwendige Folge davon stellt sich also die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts heraus. Wenn man dies gewöhnlich so auszudrücken pflegt, ein Rechtsgeschäft sei wegen wesentlichen Irrthums nichtig, wenn man also die Nichtigkeit als die Wirkung des Irrthums betrachtet, so ist dieser Ausdruck allerdings nicht ganz scharf, denn eigentlich ist nicht der Irrthum, sondern nur das Nichtvorhandensein des erforderlichen Willens der Grund, weßhalb das fragliche Rechtsverhältniß nicht zu Stande kommt. — Ueber das Einzelne, namentlich über die wichtige Frage, welcher Irrthum bei den einzelnen Rechtsgeschäften als ein wesentlicher zu betrachten sei, muß natürlich an den betreffenden Orten geredet werden, vgl. z. B. §. 311. Anm. 3, §. 431. Anm. 2, §. 604. Anm.

b) Sehr oft muß wegen eines Irrthums die Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung in solchen Fällen ausgeschlossen werden, in denen ohne den Irrthum allerdings eine schlüssige Handlung vorliegen würde, und zwar auch dieses augenscheinlich wegen der Regel: errantis non est voluntas. Wenn sich also z. B. Jemand bei einem inkompetenten Gerichte einläßt, weil er es irrthümlich für das kompetente gehalten hat, so darf in einer solchen Einlassung keine tacita fori prorogatio gefunden werden, obwohl dies ohne den Irrthum allerdings der Fall gewesen sein würde, l. 15. de jurisd. (2, 1), l. 2. pr. de judic. (5, 1). Vgl. auch l. 20. pr., l. 22. de acq. v. om. her. (29, 2), l. 20. de aqu. pluv. (39, 3). Hierher gehört auch der in zahlreichen Anwendungen in unsren Quellen ausgesprochene Satz, daß, wenn Jemand eine irrige Ansicht über die rechtlichen Verhältnisse eines Dritten hat, und diese seine Ansicht mit ausdrücklichen Worten oder thatsächlich zu erkennen gibt, dies nicht als eine ihn bindende Anerkennung aufgefaßt werden darf, und wenn ich also z. B. Jemanden, den ich irrig für den Besitzer halte, mit einer rei vindicatio belange (welche Klage bekanntlich nur gegen den Besitzer angestellt werden kann), so darf dies nicht als Verzicht auf den Besitz angesehen werden, und ich kann

noch immer das interdictum Uti possidetis gebrauchen, l. 12. §. 1. de acqu. poss. (41, 2), oder wenn ich die actio familiae herciscundae gegen Jemanden anstelle, so setze ich dabei allerdings voraus, daß der Beklagte mein Miterbe sei, aber es ist dies kein Eingeständniß, und wenn ich nachher meinen Irrthum erkenne, so kann ich noch immer die heredit. petitio gebrauchen, l. 37. [38.] fam. herc. (10, 2), vgl. unten §. 514. T. 4. S. auch z. B. l. 19. de inoff. test. (5, 2) [verb.: nec enim quae rel.], l. 8. de H. P. (5, 3), l. 54. de R. V. (6, 1), l. 20. pr. fam. herc. (10, 2), l. 79. de legat. II., l. 2. §. 7, l. 13. §. 10. de jure fisci (49, 14), l. 4. 5. 8. 9. C. h. t., l. 18. C. de R. V. (3, 32).

c) Aus demselben Prinzip: errantis nulla est voluntas, geht augenscheinlich auch der Satz hervor, daß *dolus* und *mala fides* durch Irrthum ausgeschlossen werden, und wenn also das Gesetz bestimmte Nachtheile an das Dasein von dolus oder mala fides anknüpft, so werden diese Nachtheile durch Irrthum abgewendet, l. 25. §. 6. de H. P. (5, 3), l. 36. §. 1, l. 37. pr. de usurp. (41, 3), §. 5. J. de usuc. (2, 6).

2) Nach römischem Rechte sind mit der *bonae fidei possessio* wesentliche Vortheile verbunden (Möglichkeit der Usukapion, eigenthümlicher Fruchterwerb, actio Publiciana). Im Begriffe der bonae fidei possessio liegt aber die Voraussetzung des Irrthums, und insofern ist also Irrthum die wesentliche Bedingung für jene wichtigen Rechte.

3) Wenn die Gesetze von dem Ablauf eines tempus *utile* einen Rechtsverlust abhängig machen, so werden in der Regel auch diejenigen Zeittheile, in denen Jemand wegen Irrthums an der Vornahme einer Handlung gehindert ist, von der gesetzlichen Zeit ausgeschieden, und der Irrende bleibt also von den Nachtheilen befreit, l. 2. pr. quis ordo (38, 15), l. 15. §. 5. quod vi aut clam (43, 24), l. 6. de calumn. (3, 6), l. 55. de aed. ed. (21, 1), l. 19, l. 22. §. 2. C. de jure delib. (6, 30), Gai. II. 171 sqq., vgl. unten §. 195.

4) Irrthum ist auch einer der Restitutions-Gründe, worüber das Nähere unten §. 186.

5) Wenn Jemand wissentlich eine Nichtschuld bezahlt, so kann in der Regel von einer Rückforderung des Gezahlten nicht die Rede sein, während irrthümliche Zahlung eines indebitum die condictio indebiti begründet, vgl. darüber unten §. 625.

6) Eine wesentliche Voraussetzung für die Zuständigkeit der Aedilitischen Klagen ist die Unbekanntschaft des Käufers mit den ediktmäßigen Mängeln, also Irrthum, l. 14. §. 10. de aedil. edict. (21, 1), und eben so fällt auch der Anspruch auf Eviktionsleistung dann hinweg, wenn der Erwerber wissentlich eine fremde Sache an sich bringt, l. 27. C. de evict. (8, 45), l. 7. C. comm. utriusque jud. (3, 38), vgl. auch unten §. 610. Anm. 5. — Aehnlich ist auch der, für uns freilich unpraktische Fall der l. 16. §. 2. de liber. causa (40, 12).

7) Wenn Jemand einem filiusfamilias, den er irrthümlich für einen homo sui juris hält, ein Gelddarlehn gibt, so fällt wegen dieses Irrthums die sonst begründete exceptio SCti Macedon. hinweg, l. 3. pr. §. 1, l. 19. de

SC. Maced. (14, 6), l. 1. 2. C. eod. (4, 28), vgl. §. 245. Anm. bei 2. a., und eben so fällt die exceptio SCti Vellejani hinweg, wenn der Gläubiger in einem Irrthum über das Dasein einer muliebris intercessio befangen ist, l. 6, l. 7, l. 12, l. 17. pr. §. 1. ad SC. Vellej. (16, 1), vgl. §. 581. Anm. 1. bei Nr. 5.

III. Es liegt sehr in der Natur der Sache, daß da, wo überhaupt rechtlich auf den Irrthum Rücksicht genommen wird, ein Unterschied zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum gemacht werden muß, und der Regel nach nur der entschuldbare Irrthum auf Berücksichtigung Anspruch machen kann, vgl. auch l. 3. §. 1, l. 6, l. 9. §. 2. 3. h. t. u. v. a. So natürlich nun aber auch diese Regel ist, eben so natürlich und nothwendig ist auch eine durchgreifende Ausnahme von dieser Regel. In allen Fällen nämlich, in denen der Grundsatz: errantis nulla est voluntas zur Anwendung kommt (vgl. II. 1.), kann kein Unterschied zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum gemacht werden; denn da hier nicht eigentlich von Wirkungen des Irrthums die Rede ist, sondern gewisse rechtliche Folgen nur darum nicht eintreten, weil der zur Hervorbringung dieser Folgen nothwendige Willen fehlt, dieser Wille aber unzweifelhaft ebenso durch einen unentschuldbaren, wie durch einen entschuldbaren Irrthum ausgeschlossen wird: so muß nothwendig auch der erstre gerade so gut, wie der letztre berücksichtigt werden. Wenn also z. B. Jemand aus einem groben Rechtsirrthum ein inkompetentes Gericht, bei welchem er belangt ist, für ein kompetentes hält, und sich deßhalb dort auf die Klage einläßt, so kann trotz des unentschuldbaren Irrthums doch keine tacita prorogatio angenommen werden, eben weil es an dem animus prorogandi fehlt, und eben so kann offenbar derjenige, welcher in grobem Rechtsirrthum sich für den Erben hält, ungeachtet des unentschuldbaren Irrthums nicht als bösgläubiger Besitzer behandelt werden. — Gerade weil in Fällen dieser Art eigentlich nicht von Wirkungen des Irrthums gesprochen werden kann, schlägt jetzt Savigny S. 440 fgg. hierfür den Namen: unechter Irrthum vor, und wenn mir auch die Ausdrücke: echter und unechter Irrthum, nicht besonders gut gewählt zu sein scheinen, so ist doch der Gegensatz selbst, wie aus dem Vorhergehenden erhellt, ungeachtet der gewiß unbedeutenden Einwendungen Herrmann's a. a. O. III. S. 198 fgg. sehr richtig und folgenreich. Die Gesetze stimmen hiermit auch vollständig überein, denn während in allen übrigen Fällen stets zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum unterschieden wird (vgl. die vorher bei Nr. 2 bis 7 bemerkten Nachweisungen), kommt in den Fällen des s. g. unechten Irrthums nicht nur keine Spur einer solchen Unterscheidung vor — (die l. 15. §. 1. de contr. emt. 18. 1. wird ganz ohne Grund von Herrmann S. 221. auf einen Fall des unechten Irrthums bezogen) — sondern es wird vielmehr öfter ausdrücklich hervorgehoben, daß auch Rechts-Irrthum (d. h. unentschuldbarer Irrthum, s. nachher Nr. IV.) berücksichtigt werde, vgl. z. B. l. 25. §. 6. de hered. pet. (5, 3), l. 79. de leg. II., l. 36. §. 1, l. 37. pr. de usurp. (41, 3).

VI. Mit diesem Unterschiede zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem

Irrthum steht die Eintheilung in error *juris* und error *facti* in unmittelbarem Zusammenhange.

1) Da der Staatsbürger verpflichtet ist, das Recht seines Landes, soweit es in seine Verhältnisse eingreift, kennen zu lernen, und die Erfüllung dieser Verbindlichkeit in den meisten Fällen bei der Stätigkeit und Abgegrenztheit des Rechts nicht besonders schwierig ist: so liegt es ganz in der Natur der Sache, daß der Rechtsirrthum in der Regel unentschuldbar ist, während umgekehrt, da die angedeuteten Gründe hier völlig wegfallen, der faktische Irrthum in der Regel als entschuldbar erscheint; l. 2. h. t.

> *Nerat.* „In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia haberi debebit, quum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat";

l. 9. pr. h. t.:

> *Paul.* „Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere".

2) Von dieser Regel gibt es aber Ausnahmen, d. h. es gibt Fälle des entschuldbaren error juris und des unentschuldbaren error facti.

a) Ein Rechtsirrthum ist ausnahmsweise dann entschuldbar, wenn es dem Irrenden an Gelegenheit zur Rechtsbelehrung gefehlt hat, l. 9. §. 3. h. t.

> *Paul.* „Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, *si jurisconsulti copiam haberet,* vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia; quod raro accipiendum est";

vgl. auch l. 10. de bon. poss. (37, 1), l. 2. fin. quis ordo (38, 15). Da diese Entschuldbarkeit nur eine Ausnahme bildet, so versteht es sich ganz von selbst, daß der Beweis hier stets dem Irrenden aufgelegt werden muß.

b) Der faktische Irrthum ist ausnahmsweise dann unentschuldbar, wenn er auf einer groben Nachlässigkeit beruht, l. 9. §. 2. h. t.:

> *Paul.* „Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, *si non ei summa negligentia objiciatur;* quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam, verum ejus, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit";

vgl. l. 3. §. 1, l. 6. h. t., l. 11. §. 11. de interrog. in jure fac. (11, 1), l. 3. pr. de SC. Maced. (14, 6), l. 15. §. 1. de contr. emt. (18, 1), l. 14. fin., l. 55. de aed. ed. (21, 1), und namentlich wird dies leicht bei einem Irrthum über eigene Handlungen angenommen werden müssen, l. 3. pr. h. t., l. 7. ad SC. Vellej. (16, 1), l. 5. §. 1. pro suo (41, 10). Da übrigens hier die Unentschuldbarkeit die Ausnahme bildet, so liegt natürlich der Beweis der lata culpa immer demjenigen ob, der sie dem Irrenden vorwirft, und dieser hat nur den Beweis des Irrthums selbst zu führen.

Nach dem hier Bemerkten versteht sich von selbst, daß die Regel: „juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere" auch eben nur als Regel aufgefaßt werden darf, indem es doch auch eine ent-

schuldbare juris ignorantia gibt, welche non nocet, und eine unentschuldbare facti ignorantia, welche nocet.

3) Dieser eben angedeuteten Regel muß aber in ihrer ersten Hälfte „juris quidem ignorantiam cuique nocere" auch noch von einer andren Seite her eine Beschränkung zugefügt werden. Hält man nämlich fest, daß der Gegensatz von error facti und error juris seine wahre Bedeutung nur in dem höheren Gegensatz von entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum findet, so versteht es sich ganz von selbst, daß der Unterschied zwischen faktischem und Rechts-Irrthum überall gänzlich verschwinden muß, wo auf Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthums nichts ankommt, d. h. in den Fällen des s. g. unechten Irrthums muß der Rechtsirrthum gerade so gut, wie der faktische Irrthum berücksichtigt werden, und für diese Fälle muß man also allerdings sagen, juris ignorantiam *non* nocere. Die Gesetze bestätigen dies auch mehrfach, vgl. die am Ende von Nr. III. angeführten Stellen, und davon kommt nur eine sehr begreifliche Modifikation vor. Wir haben oben gesehen, daß der Begriff des Dolus durch jeden Irrthum, auch den unentschuldbaren, ausgeschlossen wird, und konsequent wenden dies die Gesetze denn auch auf den Rechtsirrthum an, vgl. bes. l. 25. §. 6. de hered. pet. (5, 3): „Et non puto, hunc esse praedonem, *qui dolo caret, quamvis in jure erret*". Dies leidet nun aber die sehr natürliche Ausnahme, daß, wenn Jemand ein Strafgesetz übertritt, die Unbekanntschaft mit dem übertretenen Strafgesetze selbst — abgesehen von den in Betreff des Rechtsirrthums privilegirten Personen — regelmäßig nicht berücksichtigt wird, und den Irrenden also die volle Strafe des dolus gerade so trifft, wie wenn er das Strafgesetz gekannt hätte, vgl. z. B. l. 1, l. 11. §. 4. de his qui notant. (3, 2), l. 15. pr. ad leg. Cornel. de fals. (48, 10) u. a. m.

V. So wünschenswerth es m. E. gewesen wäre, wenn das römische Recht bei den in der vorigen Nummer aufgestellten Grundsätzen über Rechtsirrthum stehen geblieben wäre, weil dadurch in völlig genügender Weise der besondren Natur desselben Rechnung getragen ist: so ist dies doch entschieden nicht der Fall, indem nach klaren gesetzlichen Aussprüchen in Betreff des Rechtsirrthums auch noch ein Unterschied zwischen *damna* und *compendia* gemacht wird, l. 7. h. t.:

> *Papinian.* libr. XIX. Quaest.: „Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet";

l. 8. eod.:

> *Papinian.* libr. I. Definit.: „Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest; juris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet";

und eine Hindeutung auf diesen Unterschied enthält auch l. 11. C. h. t.:

> *Constantin.* „Quamvis *in lucro* nec feminis jus ignorantibus subveniri soleat" rel.

cf. l. 3. C. Th. de sponsal. (3, 5). In der l. 8. cit. ist ganz unzweideutig gesagt „bei dem error facti sei kein Unterschied zwischen damna und compendia; auf einen *error juris* dagegen könne man sich allerdings in *damnis*,

aber nicht auch in *compendiis* berufen", und ganz denselben Gedanken spricht l. 7. cit. aus, nur daß hier Statt in damnis gesagt ist: *suum petentibus*, und Statt in compendiis es dort heißt: *acquirere volentibus*. — Sehen wir zunächst noch ganz von der gewiß verwerflichen Meinung ab, daß die mitgetheilten Stellen nicht zu beachten seien, indem sie nur „einen nicht gelungenen Versuch zur Aufstellung eines allgemeinen Prinzips enthielten" (Savigny a. a. O. S. 346): so sind es besonders zwei Fragen, zu welchen diese Aussprüche Papinian's Veranlassung geben:

1) Ist unter dem error juris, auf welchen man sich bei einem damnum berufen darf, nur ein entschuldbarer, d. h. ein solcher zu verstehen, bei welchem es an der Gelegenheit der Rechtsbelehrung fehlte? oder wird bei einem damnum der Rechtsirrthum überhaupt berücksichtigt, so daß also auch die Möglichkeit der Rechtsbelehrung der Berufung darauf nicht im Wege steht? Nimmt man die erstre Meinung an, so versteht sich die weitere Folgerung von selbst, daß man sich bei einem compendium auf gar keinen, auch nicht auf einen völlig entschuldbaren Rechtsirrthum berufen darf. Folgt man aber der zweiten Meinung, so wäre der vollständige Gedanke Papinian's der: „bei einem damnum kann man sich auf jeden, bei einem compendium aber nur auf denjenigen Rechtsirrthum berufen, bei dem keine Rechtsbelehrung möglich war". Diese letztre Ansicht war von jeher die herrschende, und man begründet sie hauptsächlich dadurch, daß entschuldbarer Rechtsirrthum ja nur eine seltene Ausnahme sei („quod raro accipiendum est" l. 9. §. 3. h. 1.), und man also bei dem allgemeinen Ausdruck error juris gewiß nicht gerade diesen seltenen Fall im Auge haben dürfe, und weiter darauf, daß es doch offenbar höchst unnatürlich sein würde, Fälle zu statuiren, in denen selbst ein völlig schuldloser Rechtsirrthum, also ein solcher, bei welchem Rechtsbelehrung unmöglich war, gar nicht berücksichtigt werden dürfe. Obwohl ich das Gewicht dieser Gründe nicht verkenne, und obwohl mich die Geringschätzung, mit welcher man neuerlich die entgegenstehende Ansicht zu behandeln pflegt, zu wiederholter schärffster Prüfung aufgefordert hat, so kann ich doch auch noch jetzt, eben so wie in der ersten Auflage dieses Buchs, nur die erste der oben angedeuteten Meinungen für die richtige halten, und ich glaube also auch noch jetzt, daß man nach römischem Rechte sich bei einem damnum nur auf einen entschuldbaren, bei einem compendium aber auf gar keinen Rechtsirrthum berufen darf. Es ist zweifellos, daß im römischen Rechte derjenige Rechtsirrthum, bei welchem die vorhandene Gelegenheit zur Rechtsbelehrung versäumt ist, demjenigen faktischen Irrthum gleichsteht, bei welchem eine *summa negligentia* vorkommt, und wenn man sich also in damnis auf einen Rechtsirrthum jener Art berufen dürfte, so wäre die unvermeidliche Konsequenz die, daß hierbei auch ein gröblich verschuldeter faktischer Irrthum berücksichtigt werden müßte. Ist das aber wohl glaublich? und wie vertrüge sich dies mit dem bekannten, so natürlichen Grundsatze, qui sua culpa damnum sentit, damnum sentire non intelligitur? Das Richtige ist vielmehr dieses. Papinian will offenbar in l. 8. cit. nicht die vollständige Theorie des Irrthums aufstellen, sondern lediglich die verschiedene Behandlung des Irrthums bei damna und bei compendia andeuten, und er setzt also sehr natürlich bei dieser Erörterung

den allgemeinen Grundsatz, daß unentschuldbarer Irrthum überhaupt nicht berücksichtigt werde, als selbstverstanden voraus, d. h. er hat sowohl bei dem faktischen Irrthume, wie bei dem error juris, einen an sich entschuldbaren im Auge, und sein Gedanke ist also nur dieser:

„Ein faktischer Irrthum — natürlich, wenn er überhaupt entschuldbar ist, d. h. nicht auf einer groben Nachlässigkeit beruht — findet sowohl in damnis, als in compendiis Berücksichtigung. Auf einen Rechtsirrthum dagegen — versteht sich, wenn er überhaupt entschuldbar ist, d. h. wenn man keine Gelegenheit zur Rechtsbelehrung hatte — kann man sich zwar wohl in damnis, aber nicht auch in compendiis berufen“.

Bei dem ersten, von faktischem Irrthume handelnden Satze, nimmt auch wirklich Niemand Anstand, den Gedanken Papinian's in der angedeuteten Weise zu ergänzen; dann aber sind wir m. E. nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, dies eben so bei dem zweiten, von dem Rechtsirrthum handelnden Satze zu thun. Daß hiernach in compendiis selbst unvermeidlicher, und also gewiß schuldloser Irrthum keine Berücksichtigung finden soll, erscheint zwar allerdings singulär, aber dieser Schein wird zum großen Theile verschwinden, wenn man von einem richtigen Begriffe der compendia ausgeht (s. nachher bei 2.), und in jedem Falle ist diese Singularität sehr viel geringer, als wenn man in Folge der gegnerischen Ansicht annehmen müßte, daß man sich in damnis auf einen jeden, auch gröblich verschuldeten Irrthum mit Erfolg berufen dürfe.

2) Die zweite wesentliche Frage ist, was unter den *damna* und was unter den *compendia* zu verstehen sei? Nach dem Sprachgebrauch unsrer Quellen ist eine zwiefache Bedeutung möglich. Es kann nämlich unter dem damnum entweder nur der positive Schaden, das s. g. damnum emergens, verstanden werden, wo dann natürlich unter dem compendium der s. g. negative Schaden, das lucrum cessans zu verstehen wäre, oder es kann auch unter dem damnum aller und jeder Schaden, der positive, wie der negative, begriffen sein, wornach dann unter den compendia diejenigen Fälle enthalten wären, in denen der Irrthum der Grund eines Gewinnes sein würde, welcher ohne den Irrthum nicht hätte gemacht werden können. Die erstre Meinung ist die herrschende, die letztre aber m. E. die allein richtige, und zwar dürften dafür folgende Hauptgründe entscheiden.

a) Daß diese Ansicht dem römischen Sprachgebrauch vollkommen angemessen ist, kann keinen Zweifel leiden, indem darnach öfter unter dem damnum auch das s. g. lucrum cessans verstanden wird, vgl. z. B. l. 33. pr. ad leg. Aquil. (9, 2):

Paul. „In lege enim Aquilia *damnum* consequimur, et amisisse dicemur, *quod aut consequi potuimus,* aut erogare cogimur“;

l. 2. §. 11. ne quid in loc. publ. (43, 8):

Ulp. „*Damnum* autem pati videtur, *qui commodum amittit,* quod ex publico consequebatur, qualequale sit“,

§. 10. I. de leg. Aquil. (4, 3), l. 11. ad. exhib. (10, 4), l. 13. rat. rem haberi (46, 8) u. a. m. (Gerade der Gegensatz, der unsrer Ansicht gemäß in

der l. 8. cit. zwischen damnum und compendium angenommen werden muß, kommt in der [richtig verstandenen] l. 71. (73) §. 1. de furt. (47, 2) zwischen damnum und lucrum vor). — Daß mit dieser Deutung auch die Ausdrücke der l. 7. cit. *„acquirere volentibus“* und *„suum petentibus“* sehr gut vereinigt werden können, bedarf wohl eben so wenig einer besondren Ausführung, als daß in l. 8. cit. keine reelle Unterscheidung zwischen damnum rei amissae und damnum rei amittendae gemacht werden darf.

b) Zwischen damnum emergens und lucrum cessans einen so wesentlichen Unterschied zu statuiren, wie es die gegnerische Ansicht annimmt, kann gewiß nicht gebilligt werden, weil überhaupt beide Arten des Schadens juristisch ganz gleich behandelt zu werden pflegen, vgl. auch §. 571. Anm. 3. bei Nr. 1. Wie natürlich diese Gleichstellung gerade auch in der Lehre vom Irrthum ist, geht auch schon daraus hervor, daß beide in dem einen wesentlichen Grundbegriffe zusammenstimmen, daß wir etwas nicht haben, was wir ohne den Irrthum haben würden. Sehr natürlich und begreiflich ist dagegen die verschiedene Behandlung des damnum und compendium in unsrem Sinne, denn wenn das letztre hiernach darin besteht, daß wir etwas haben wollen, was wir ohne den Irrthum nicht gehabt hätten, so kann es wahrlich nicht auffallen, daß hierbei die Berücksichtigung des Irrthums in die möglichst engen Schranken zurückgewiesen wird.

c) Diese Ansicht wird auch noch besonders dadurch unterstützt, daß wir in den Gesetzen Fälle des lucrum cessans finden, in denen der Rechtsirrthum — natürlich nur der an sich entschuldbare — berücksichtigt wird, und namentlich ist dieses der Fall, wenn Jemand aus Rechtsirrthum die Fristen der bonor. possessio versäumt, l. 10. de bon. poss. (37, 1), l. 2. fin. quis ordo in poss. serv. (38, 15).

d) Freilich könnte man möglicher Weise dieser Ansicht entgegenhalten, daß Irrthum niemals der Grund positiver Vortheile sein könne, indem vernünftiger Weise die Berücksichtigung des Irrthum's doch nie weiter gehen dürfe, als daß dem Irrenden aus seinem Irrthume kein Schaden erwachse; und wenn nun dennoch in l. 8. cit. die Berufung auf faktischen Irrthum in compendiis zugelassen werde, so dürfe dies nicht von positiven Vortheilen, sondern nur von einem lucrum cessans verstanden werden. Zur Entkräftung dieses Einwands braucht aber nur auf die positiven, mit der bonae fidei possessio verknüpften Vortheile hingewiesen zu werden, und gerade hierbei — Usukapion und unmittelbarer Eigenthumserwerb an den *fructus naturales* — muß also namentlich Papinian's Regel, daß selbst entschuldbarer Rechtsirrthum nicht berücksichtigt werden dürfe, vorzugsweise zur Anwendung kommen, vgl. l. 31. pr. de usurp. (41. 3): „*Nunquam* in usucapionibus juris error possessori prodest“, l. 24. pr., l. 32. §. 1. eod., l. 4. h. t., l. 2. §. 15. pro emt. (41,4) — l. 45. §. 1. de usur. (22, 1), vgl. §. 326. Anm. 2. —

Soviel zur Erklärung der l. 7. und 8. cit., deren einfacher Sinn hiernach nur folgender ist:

„In den Fällen, in denen überhaupt eine Berücksichtigung des Irrthums zulässig ist, darf man sich auf entschuldbaren faktischen Irrthum stets berufen, einerlei ob man einen durch den Irrthum hervorgerufenen Nachtheil

beseitigen, oder durch den Irrthum einen Vortheil erlangen will. Dagegen ist die Berufung auf einen entschuldbaren Rechtsirrthum nicht so unbedingt gestattet, denn dieselbe ist gänzlich ausgeschlossen, wenn man durch den Irrthum einen Vortheil erlangen will, und nur dann kann Rechtsirrthum Berücksichtigung finden, wenn ein dadurch erzeugter Nachtheil abgewendet werden soll".

Die Ansichten der Rechtslehrer waren von jeher sehr getheilt. Unter den Aelteren sind bes. hervorzuheben *Donell.* comm. jur. civ. I. c. 21. §. 15 sqq. und *Cujac.* Obss. V. 39, Quaest. Papinian. libr. XIX. ad l. 7. cit., in opp. IV. p. 502 sqq. und Recitt. ad Dig. ad h. l. in opp. VII. p. 890 sqq., vgl. darüber Mühlenbruch a. a. O. S. 408 fgg. Unter den Neueren aber sind bes. zu nennen Mühlenbruch a. a. O., Glück a. a. O. S. 316 fgg., Savigny a. a. O. S. 344 fgg., Herrmann a. a. O. V. S. 138 fgg. Eine Kritik dieser verschiedenen Ansichten würde eine eigene umfassende Abhandlung erfordern, und ich muß mich hier auf die Bemerkung beschränken, daß m. E. gerade die neuesten Erklärungs-Versuche der l. 7. und 8. citt. die am wenigsten befriedigenden sind. Savigny a. a. O. will nämlich, wie ich schon oben andeutete, die beiden Stellen ganz ignoriren, weil sie einen nicht gelungenen Versuch zur Aufstellung eines allgemeinen Prinzips enthielten, ein Tadel, der freilich nicht sowohl Papinian treffe — denn dieser habe ursprünglich gewiß nicht von dem Irrthum überhaupt, sondern nur von dem Irrthum der Frauen gesprochen — als vielmehr die Kompilatoren Justinian's, welche durch unverständige Interpolation Papinian's Ausspruch fälschlich generalisirt hätten! — Herrmann a. a. O. will dagegen aus unsren beiden Stellen einen Unterschied zwischen *compendia, damna* und *damna amittendae rei suae* ableiten, und bestimmt diese Begriffe in origineller Weise so, daß unter den *compendia* die zweiseitigen onerosen Geschäfte (die ja in der Absicht zu gewinnen abgeschlossen werden!) und die Ersitzung, unter den *damna* die Versäumnisse, durch welche eine Anwartschaft verloren gehe, unter den *damna amittendae rei suae* die Donationen (wobei man sich natürlich auf den Standpunkt des Donans stellen müsse) und die solutio sine causa, namentlich die solutio indebiti zu verstehen seien; bei den compendia und den damna dürfe man sich nur auf verzeihlichen Irrthum berufen, also auf Rechtsirrthum in der Regel nicht, bei den damna amittendae rei suae dagegen müsse auch unverzeihlicher Irrthum, also namentlich auch Rechtsirrthum, berücksichtigt werden!! — Ganz beiläufig hat neuerlich noch Rudorff in der gesch. Zeitschr. XIV. S. 330 eine neue Erklärung der l. 7. cit. angedeutet, die dahin geht, das acquirere volentibus gehe lediglich auf Usukapion, und der Satz: suum petentibus error juris non nocet bedeute blos, daß dem Diebe gegenüber die Verwechslung der Vindikation auf suum esse mit einer Kondiktion auf dare oportere dem sein Eigenthum verfolgenden Kläger keinen Nachtheil bringen, sondern auch die letztre Klage gegen den Dieb tenent sein solle! Ueber die l. 8. cit. hat sich Rudorff hierbei nicht ausgesprochen. —

Anm. 2. Ueber die Begriffe von error *juris* und error *facti* vgl. l. 1. pr. §. 1 sqq. h. t., Weil in Gieß. Zeitschr. N. F. XII. S. 382 fgg. — Irrthum über kontroverses Recht: Savigny a. a. O. S. 337 fgg. — über

partikulares und Gewohnheits-Recht: Volkmar, Beiträge zur Theorie des Gem. Rechts S. 83 fgg., Puchta, Gewohnheitsr. II. S. 217 fgg., Herrmann a. a. O. IV. S. 382 fgg. — Irrthum in der Subsumtion von Thatsachen unter eine Rechtsregel: Savigny S. 327 fgg., S. 338 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 78., Herrmann a. a. O. III. S. 92 fgg., Unger, System II. S. 33 fgg.

Anm. 3. Ueber die in Rücksicht des Rechtsirrthums privilegirten Personen vgl. Hufeland, Geist des röm. Rechts. Bd. I. Abh. 5. S. 231 fgg., Mühlenbruch a. a. O. S. 431 fgg., Glück a. a. O. S. 345 fgg., Savigny a. a. O. S. 429 fgg.

Anm. 4. Ueber den Beweis des Irrthums vgl. Römer, die Beweislast hinsichtlich des Irrthums nach gem. Zivilr. und Prozeß. Stuttg. 1852.

3) Betrug. §. 84.

Dig. IV. 3; Cod. II. 21. de dolo malo. — Savigny III. S. 115 fgg.; vgl. auch unten §. 185. Anm., §. 431. Anm. 3, §. 605. Anm. 1.

C. Ernstlichkeit des Willens. §. 85.

Cod. IV. 22. plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur. — Savigny III. S. 258 fgg., Arnold, praktische Erörtr. S. 521 fgg.

1) *Paul.* l. 3. §. 2. de oblig. et act. (44, 7): Verborum quoque obligatio constat, *si inter contrahentes id agatur;* nec enim, si per jocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero: *spondes?* et tu responderes: *spondeo,* nascetur obligatio.

2) *Valerian.* et *Gallien.* l. 1. C. h. t.: In contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet. — 3) *Ulp.* l. 36. de contr. emt. (18, 1): Cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere.

III. Von der Willenserklärung. §. 86.

Glück IV. S. 86 fgg. und die dort Angeff., *Heyne,* de voluntatis tacite patefactae vi etc. Dresd. 1840, Savigny III. S. 237 fgg., Kritz, Rechtsfälle V. S. 141 fgg., Sintenis,

prakt. Zivilr. I. §. 18. S. 151 fgg., Heimbach im Rechtslex. IX. S. 204 fgg., Schneider, über das konkludente Stillschweigen nach röm. Rechte. Zürich 1858, Stössel, über stillschweigende Willenserklärung nach röm. Recht. Zürich. 1859.

IV. Von der Einwilligung in fremde Handlungen. §. 87.

Anm. Ueber die zivilistische Konstruktion des Falls, wenn der Eigenthümer in die Veräußerung seiner Sache von Seiten eines Dritten einwilligt, vgl. Ihering in sein. und Gerber's Jahrbb. für Dogmatik. Bd. I. S. 303 fgg.

V. Insbesondere von der Ratihabition. §. 88.

Busse, de ratihabitione. Lips. 1834, Boecking, Pandekten I. §. 116. S. 411 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 18. S. 158 fgg., Wächter, Handb. II. §. 100. S. 739 fgg., Heimbach im Rechtslex. IX. S. 455 fgg., Unger, System II. §. 92, Beckhaus, über die Ratihabition der Rechtsgeschäfte. Bonn 1859.

1) *Justinian.* l. 25. C. de donat. inter vir. et uxor. et a parentib. in liberos factis, et *de ratihabitione* (5, 16): Donationes, quas parentes in liberos cujuscunque sexus in potestate sua constitutos conferunt, vel uxor in suum maritum, vel maritus in suam uxorem, vel alteruter eorum in aliam personam, cui constante matrimonio donare non licet, vel aliae personae in eum, cui donare non poterant, ita firmas esse per silentium donatoris vel donatricis sancimus si usque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes actis fuerint intimatae. Nam amplioris quantitatis donationem minime intimatam, nec per silentium ejus qui donavit confirmari concedimus. Sin vero specialiter eas in suprema voluntate donator vel donatrix confirmaverint, sine ulla distinctione ratae habebuntur, ita tamen, ut, si quidem ultra lege definitam quantitatem expositae minime in actis insinuatae fuerint: specialis earum confirmatio ex eo tempore vim habeat, ex quo eaedem donationes confirmatae sunt. Si vero vel non amplior sit donatio, vel cum amplior esset, in actis insinuata sit, tunc et silentium donatoris vel donatricis et specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, *sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus*

contracta sunt. Nec in ceterum subtilem divisionem facti vel juris introduci posse.

2) *Idem.* l. 7. pr. C. ad SC. Macedon. (4, 28): Si filiusfamilias citra patris jussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit, postea autem pater ratum contractum habuerit: veterum ambiguitatem decidentes sancimus: quemadmodum, si ab initio voluntate patris vel mandato filiusfamilias pecuniam creditam accepisset, obnexius firmiter constitueretur, ita et, si postea pater ratum habuerit contractum eum testimonium paternum respuere satis iniquum sit. Necesse est enim, patris ratihabitionem vel principali mandato patris vel consensui non esse absimilem, *cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea, quae ab initio subsecuta sunt.*

Anm. Ob und inwiefern eine nachher erfolgte Genehmigung zurückgezogen werden könne, ist streitig, und namentlich haben hier die anscheinend generellen Vorschriften Justinians (T. 1 und 2.) Schwierigkeit gemacht, vgl. außer den oben Genannten auch noch Hufeland, Handbuch Bd. I. Abh. 4, Fritz, Erläuterungen zu Wening S. 203 fgg., Puchta, Lehrb. §. 51. Not. c. §. 53. Not. i, Arndts Lehrbuch §. 78. Man muß wohl folgende Fälle unterscheiden:

1) Wenn einem Rechtsgeschäft durchaus nur die Einwilligung einer bestimmten Person zu seiner Giltigkeit fehlt, so wird diese, wenn sie nachher erfolgt, auf den Augenblick des abgeschlossenen Geschäfts zurückgezogen. Gesetzt also, A. verpfändet die Sache des B., und dieser ratihabirt nachher, so fängt das Pfandrecht nicht vom Augenblick der Ratihabition, sondern von dem der Pfandbestellung an, l. 16. §. 1. de pignor. (20, 1), oder wenn ein Haussohn ein Darlehn ohne Konsens des Vaters aufnimmt, und dieser erfolgt nachher, so ist das Mutuum vom Moment des Abschlusses an giltig, l. 7. pr. C. ad SC. Maced. u. s. w. Daß aber diese Rückziehung nicht dahin führen dürfe, daß wohl erworbene Rechte Jemandes gekränkt würden, versteht sich von selbst, und wenn also z. B. A. die fremde Sache des X. im Jahr 1 dem B., im Jahr 2 dem C., hierauf X. selbst die Sache im Jahr 3 dem D. verpfändet, und dann die beiden von A. bestellten Pfandrechte ratihabirt, so rangieren sich die 3 Gläubiger so, daß zuerst D., dann B. und zuletzt C. kommt.

2) Wenn ein Rechtsgeschäft zwar an andren Mängeln leibet, die aber so beschaffen sind, daß sie durch die blose Einwilligung gehoben werden können, oder m. a. W., wenn ein Rechtsgeschäft zwar nichtig ist, diese Nichtigkeit aber ausnahmsweise durch den Willen eines Kontrahenten geheilt werden kann, oder wenn ein Rechtsgeschäft wegen eines Mangels reszindirt werden konnte, statt dessen aber erfolgt Einwilligung, so muß auch hier die Einwilligung auf den Moment des abgeschlossenen Geschäft zurückgezogen werden. Dahin gehört insbesondere der von Justinian in l. 25. cit. entschiedene Fall; dahin müssen aber auch noch viele

andre gezogen werden, wie namentlich, wenn ein Geschäft wegen Zwangs, Irrthums, Betrugs, wegen einer laesio enormis u. dgl. m. angefochten werden könnte, statt dessen aber erfolgt nochmalige Einwilligung.

3) Wenn aber ein Rechtsgeschäft an einem, von der Einwilligung ganz unabhängigen, also durch Einwilligung nicht zu hebenden Mangel leidet, und die Ratihabition erfolgt später, nachdem dieser anderweitige Ungiltigkeitsgrund hinweggeräumt ist, so kann die Genehmigung nicht auf den Anfang, sondern durchaus nur auf den Augenblick, wo der anderweitige Mangel gehoben ist, zurückgezogen werden, vgl. auch l. 4. §. 6. de offic. procons. (1, 16), l. 27, l. 65. §. 1. de R. N. (23, 2), in welchen Gesetzen man also keine Ausnahmen, wie Viele wollen, sondern nur konsequente Anwendungen eines Prinzips erblicken kann.

4) Welchen Einfluß eine Ratihabition auf eine vorgängige negotiorum gestio habe, ist am Besten bei Gelegenheit der Geschäftsführung zu besprechen; vgl. unten §. 664. Anm. bei III.

Abschnitt II.

Von den Rechtsgeschäften.

I. Begriff und Hauptarten. §. 89.

Papinian. l. 77. de R. J.: Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem. (Die Florent. läßt das non vor recipiunt weg, und liest statt emancipatio — mancipatio; vgl. auch Basil. II. 3. 77, und wohl auch Vat. fr. §. 329). — *Bauer*, de actib. legit. Lips. 1748. (opusc. tom. I. n. 14), *Hoepfner*, de legis actionib. et actib. legit. (im Anhang zu seinem Instit. Komm.), *Reichardt*, utrum actus legit. Romanis fuerint solemniores. Part. I. II. Jen. 1789. 1798.

II. Bestandtheile (essentialia, naturalia, accidentalia). §. 90.

III. Erfordernisse. §. 91.

Insbesondere von den Formen der Rechtsgeschäfte. §. 92.

v. Völderndorff, die Formen der Rechtsgeschäfte nach allgem. Grundf. und posit. Rechte. Nördl. 1857. — „Ueber die Verabredung

der Schrift, insbesondere von der l. 17. C. de fide instrument." s. Setzer, Abhh. aus dem Zivilrecht. Nr. 1. Bonn 1860.

IV. Nebenbestimmungen.

Dig. XXXV. 1. de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur; Cod. VIII. 55. de donationibus, quae sub modo vel conditione vel certo tempore conficiuntur.

A. Conditio.

Dig. XXVIII. 7. de conditionibus institutionum; Cod. VI. 25. de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis; Cod. XI. 46. de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus. — *Balduini* commentarius de conditionibus (in Heineccii jurispr. Rom. et Attica I. p. 323 sqq.); *Donelli* comment. jur. civil. lib. VIII. c. 30 sqq. lib. XV. c. 11. 12.; *Brussel.* de conditionib. libri IV. Brux. 1659; *Ravensberg,* opusc. de conditionib. Jen. 1752; Glück IV. S. 472 fgg.; Unterholzner, Schuldverhältnisse I. S. 95 fgg.; Mühlenbruch, Forts. XLI. S. 45 fgg.; Savigny, System III. S. 120 fgg. Vgl. auch Heimbach in Weiske's Rechtslexikon. Bd. I. S. 761 fgg.; Sintenis, prakt. Zivilrecht I. §. 20. S. 166 fgg.; Götting, über das Wesen der Susp. Bedingung, in der Gießer Zeitschr. N. F. I. S. 240 fgg., III. S. 167 fgg.; Brackenhöft, der Zustand der bedingten Obligation, ebendas. IX. S. 108 fgg.; Wächter, Handbuch II. S. 689 fgg.; *Molitor*, les obligations. tom. I. p. 163 sqq.; Maassen, zur Lehre von den Bedingungen. Bonn 1854 (zivil. Erörtr. Heft I.); Unger, System II. §. 82. S. 56 fgg., Schönemann, über das Wesen des suspensiv bedingten Rechtsgeschäfts, in Gießer Zeitschrift. N. F. XIX. S. 1 fgg. — Vgl. auch Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagegrund und der Beweislast. Jena 1858. S. 98 fgg.

1) Begriff und Arten. §. 93.

1) §. 6. J. de verb. oblig.: Conditiones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, aut statim infir-

mant obligationem aut omnino non differunt, velut: si Titius consul fuit, vel: si Maevius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio, sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

2) *Ulp.* l. 9. §. 1. de nóvat. (46, 2): Qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo extitura est, pure videtur stipulari.

3) *Papinian.* l. 99. de condit. et demonstr.: Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, i. e. quae tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia.

4) *Venulej.* l. 137. §. 6. de V. O. (45, 1): Quum quis sub hac conditione stipulatus sit: si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit, vel forum aut basilicam et hujusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sint, ubi omnino conditio jure impleri non potest, vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset; nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri; non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio.

5) *Paul.* l. 11. §. 1. de condit. et demonstr.: Item sciendum est, *promiscuas* conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur, veluti: si capitolium ascenderit et similia; *non promiscuas* etiam vivo testatore existere posse veluti: si Titius consul factus fuerit. Vgl. hierüber *Endemann,* de implendae conditionis tempore. Marb. 1821. pag. 33 sqq.; Mühlenbruch in der Fortsetzung des Glück'schen Komment. XXXVI. S. 357. Note 8.

6) *Papinian.* l. 77. de R. J.: Actus legitimi qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem. Nonnunquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt; nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio extiterit; quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum. —

7) *African.* l. 51. §. ult. de acqu. v. om. hered. (29, 2):

Sed et si quis ita dixerit: „si solvendo hereditas est, adeo hereditatem“, nulla aditio est. —

Anm. 1. Eine Bedingung im weitern Sinne des Worts ist überall dann vorhanden, wenn einer Willenserklärung ein Zusatz beigefügt ist, wodurch die Existenz des Willens des Kontrahenten oder Disponenten von der Existenz irgend eines äußern Umstands abhängig erklärt wird. „Ich will, wenn das und das ist, war oder sein wird“, und folglich „ich will nicht, wenn das und das nicht ist, nicht war oder nicht sein wird“. Dieser allgemeine Begriff von Bedingung hat nun auch wirklich eine wesentliche juristische Bedeutung insofern, daß es eine Reihe von Geschäften gibt (T. 6.), deren Natur eine absolute, von keinerlei äußern Umständen abhängig gemachte Willenserklärung erfordert, und deren Abschließung also durch Zufügung einer jeden Bedingung im weiten Sinne des Worts unmöglich gemacht wird. Insofern bin ich völlig einverstanden mit Fitting, über den Begriff der Bedingung, im ziv. Archiv XXXIX. S. 305 fgg., der mit guten Gründen ausführt, daß nicht blos, wie man gewöhnlich lehrt, die Zufügung einer juris conditio, sondern auch ganz eben so die Zufügung einer conditio in praesens v. praeteritum collata (T. 6. 7) und einer conditio necessaria die Nichtigkeit eines solchen Geschäfts herbeiführt. Wenn aber Fitting noch weiter geht, und auch bei den Geschäften, welche Bedingungen zulassen, die allgemein angenommene Unterscheidung zwischen eigentlichen und uneigentlichen Bedingungen verwirft, oder doch höchstens die cond. in praes. v. praeterit. coll. als uneigentliche Bedingungen gelten lassen will: so kann man ihm darin gewiß nicht beistimmen. Wenn einem Geschäfte, welches überhaupt Bedingungen zuläßt, eine cond. juris oder necessaria oder impossibilis zugefügt ist, so wird das Geschäft dadurch schlechthin nicht zu einem wahrhaft bedingten, sondern es ist nothwendig von Anfang an entweder purum oder nullum, und kein einziger der Grundsätze über bedingte Geschäfte kann dabei zur Anwendung kommen. Daß man aber den Begriff von Bedingung bei actus legitimi, qui conditionem non recipiunt anders bestimmen muß, als bei denen, qui conditionem recipiunt, hat auch seinen guten innern Grund. Bei den erstern liegt es, bald aus formellen, bald aus materiellen Gründen im Wesen des Geschäfts, daß ein absoluter Wille zu ihrem Abschluß verlangt wird, und jede Erklärung, woraus hervorgeht, daß der Wille nicht absolut ist, sondern noch von irgend etwas abhängig sein soll, widerstreitet der Natur solcher Geschäfte, und muß also ihre Nichtigkeit herbeiführen. Bei den Geschäften der zweiten Art tritt aber dieses subjektive Moment in den Hintergrund; das blose Abhängigmachen-Wollen begründet nicht nothwendig eine wirkliche Abhängigkeit, und wahrhaft bedingt ist ein solches Geschäft nur dann, wenn durch den Willen des Kontrahenten auch wirklich ein Zustand der Schwebe für das Geschäft herbeigeführt wird.

Anm. 2. Nicht immer ist ein Rechtsgeschäft bedingt, wenn die Existenz desselben von einem zukünftigen ungewissen Thatumstand abhängt. Es wird nämlich dazu noch wesentlich erfordert, daß der ungewisse Thatumstand durch einen besondern Willensakt hinzugefügt ist, und nicht schon der Natur des fraglichen Rechtsverhältnisses nach dasselbe suspendirt. Ist das Letztre der Fall, so

ist das Rechtsgeschäft nicht als ein bedingtes anzusehen, T. 3, sollte auch wirklich dieser Thatumstand noch besonders in der fraglichen Disposition hervorgehoben sein, denn nicht Alles, was figuram conditionis hat, hat auch vim conditionis, l. 69. de hered. instit. (28. 5). So wird also z. B. ein Legat, dem der Testator die Bedingung beigefügt hat: si heres hereditatem adierit, oder dem dieselbe Bedingung, wie der Erbeinsetzung zugefügt ist, nicht als conditionale, sondern als purum angesehen, was die wichtigsten Folgen in Betreff des dies legati cedit hat, l. 107. de condit. et demonst., l. 22. §. 1. quando dies legator. (36, 2); vgl. auch l. 7. §. 7. eod. Ist aber in der Zufügung noch etwas mehr enthalten, als das, quod tacite inest, so gilt natürlich das Rechtsgeschäft als bedingtes, und so ist z. B. B. das Legat: Titio, *si voluerit*, centum do lego ein wirklich bedingtes, weil der Legatar zur Erwerbung des Vermächtnisses eines positiven Wollens, also eines besondern Willensakts nicht bedarf, sondern ihm das Legat ipso jure erworben wird, obwohl es ihm natürlich nicht aufgedrungen wird, und er es also ausschlagen kann, l. 69. de condit. et demonstr.: Si ita expressum erit: Titio, si voluerit, do lego, apud Labeonem Proculus notat, non aliter ad heredem legatarii pertinere, quam si ipse legatarius voluerit ad se pertinere, quia conditio personae injuncta videtur, vgl. auch l. 65. §. 1. de legat. 1. Ganz anders würde hier jeden Falls entschieden sein, wenn der Testator gesagt hätte: Titio, *si non noluerit*, Stichum do lego denn hier würde die zugefügte Bedingung nur gerade das ausdrücken, quod jam tacite legato inest, vgl. auch Büchel, zivilr. Erörterungen Bd II. S. 5. Da zum Erwerb der Erbschaft, anders wie beim Legat, ein besonderer Willensakt, ein wahres velle nöthig ist, so ist es vollkommen konsequent, daß hier die Bedingung: si volet, die Erbeinsetzung eines voluntarius heres nicht zu einer bedingten macht, l. 12. de condit. institut: Verba haec.: Publ. Maevius, si volet, heres esto — — in voluntaria heredis persona frustra adduntur, vgl. l. 69. de hered. instit. (28, 5). — Uebrigens ist schon vorher in Anm. 1. bemerkt worden, daß in einer Beziehung auch solche conditiones juris, wenn sie einem Rechtsgeschäfte ausdrücklich zugefügt sind, wie wirkliche Bedingungen betrachtet werden. Wenn nämlich ein Rechtsgeschäft so geartet ist, daß ihm überhaupt keine Bedingung zugefügt werden darf, so darf dies auch nicht mit einer juris conditio geschehen, und geschieht es doch, so wird das ganze Rechtsgeschäft gerade so vernichtet, wie wenn eine wahre Bedingung zugefügt wäre, l. 68. de her. inst. (28, 5), l. 77. 195. de R. J — Vgl. überhaupt *Donell.* cit. cap. 32 init., Savigny a. a. O. S. 122 fgg. u. s. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 67 fgg., S. 81 fgg.

Anm. 3. Ueber unmögliche Bedingungen vgl. besonders Sell, die Lehre von den unmöglichen Bedingungen. Gießen 1834 (auch als 2ter Theil von dessen Versuchen im Gebiete des Zivilrechts), Arndts Beiträge S. 161 fgg., Mühlenbruch a. a. O. S. 91 fgg., Savigny a. a. O. S. 156 fgg. Es kommt dabei, abgesehen von den in der Lehre vom Erbrecht näher zu besprechenden Eigenthümlichkeiten der letzten Willen (vgl. darüber §. 434. Anm. 1.), besonders auf folgende Punkte an:

I. Die s. g. physisch unmögliche Bedingung („conditio, quae *natura*

impossibilis est“ T. 4.), welche bei letztwilligen Dispositionen für nicht zugefügt gilt (vgl. §. 434.), vernichtet, wenn sie einem Geschäfte unter Lebenden zugefügt ist, das ganze Geschäft. Zwar hat *Richter*, de condit. imposs. contractum non vitiante. Lips. 1747 weitläufig darzuthun gesucht, daß die Bedingung auch hierbei vielmehr für gar nicht hinzugefügt zu achten sei, aber er geht dabei von schiefen allgemeinen Grundsätzen aus, und ignorirt die klarsten Gesetze, vgl. z. B. §. 11. J. de inut. stipul. (3, 19), vgl. mit *Gai*. III. 98, l. 1. §. 11, l. 31. de O. et A. (44, 7), l. 7. de V. O., l. 29. de fidejuss. (46, 1). Dies wird auch h. z. T. allgemein anerkannt, und gewiß darf dies auch nicht blos bei eigentlichen Verträgen Anwendung finden, sondern ganz eben so auch bei Pollizitationen an eine *respublica* und bei Gelübden. Dies wird zwar von Sell a. a. O. S. 108 fgg. wegen l. 13. §. 1. de pollicit. (50, 12) und l. 2. §. 44. ad SC. Tertull. (38, 11) in Abrede gestellt; aber die letztre Stelle gehört gar nicht hierher, und in der ersteren sind die da erwähnten *conditiones* donationibus adpositae schwerlich von eigentlichen Bedingungen, sondern vielmehr von Auflagen andrer Art zu verstehen, wie insbesondere aus dem am Ende der Stelle beigefügten Beispiele hervorgeht; wollte man aber auch an wirkliche Bedingungen denken, so sind darunter doch offenbar keine unmöglichen gemeint, sondern 'mögliche, deren Erfüllung der respublica nachtheilig sein würde. — Noch sind hier folgende Punkte hervorzuheben:

1) Es ist offenbar ganz einerlei, ob die unmögliche Bedingung eine affirmative (z. B. wenn du das Meer austrinkst, wenn du in den Himmel fliegst u. dgl.) oder eine negative ist (z. B. wenn du nicht sterben wirst, wenn es niemals regnet u. dgl.), und in beiden Fällen ist das Geschäft ungiltig. Wenn man doch gewöhnlich lehrt, die negative unmögliche Bedingung werde für nicht zugefügt angesehen, und das Geschäft sei also pure abgeschlossen: so beruht dies nicht sowohl auf einem irrigen Gedanken, als vielmehr auf einer verwerflichen, freilich durch die Quellen selbst veranlaßten (vgl. l. 50. §. 1. de hered. inst.) Terminologie. Man versteht nämlich unter negativer unmöglicher Bedingung, offenbar sprachunrichtig, die Negation einer unmöglichen Bedingung (z B. wenn du das Meer nicht austrinkst, wenn du nicht in den Himmel fliegst u. dgl.), und da versteht es sich denn freilich von selbst, daß das Geschäft als pure geschlossen gilt, §. 11. J. de inutil. stip. (3, 19), l. 50. §. 1. cit. l. 79. pr. de condit. et dem., l. 7., l. 8. de V. O., l. 9. §. 1. de novat. (46, 2), weil eine solche Bedingung nicht sowohl eine unmögliche, als vielmehr eine nothwendige ist, und man sie daher auch richtiger eine negative nothwendige Bedingung nennen sollte. Vgl. bes. Arndts a. a. O. S. 164 fgg., u. s. auch Sell a. a. O. S. 101 fgg., Savigny S. 158 fgg., Mühlenbruch a. a. O. S. 120 fgg.

2) Auch das versteht sich ganz von selbst, daß es keinen Unterschied begründen kann, in wessen Person das Unmögliche eintreten soll, ob in der Person des Promittenten, des Promissarius oder irgend eines Dritten; sondern in allen diesen Fällen ist der Vertrag nichtig.

3) Wird die unmögliche Bedingung als Resolutiv-Bedingung einem Geschäfte beigefügt, so versteht es sich von selbst, daß dadurch das Nebengeschäft

über die Auflösung vernichtet wird, und es bleibt also nun das Hauptgeschäft gleich von Anfang an so giltig, wie wenn gar keine Resolutiv-Bedingung festgesetzt wäre.

II. Den physisch unmöglichen Bedingungen stehen vollständig die juristisch unmöglichen gleich, deren Wesen darin besteht, daß das zur Bedingung Gesetzte nach Rechtsgrundsätzen nicht in Erfüllung gehen kann („conditio, *quae jure impleri non potest*", T. 4), wie z. B. „wenn Titius das Eigenthum einer res extra commercium erwirbt", „wenn Sejus eine giltige Ehe mit seiner Schwester abschließt", „wenn ein Unmündiger ein giltiges Testament macht" u. dgl. m., vgl. bes. T. 4. Diese totale Gleichstellung der physisch und der juristisch unmöglichen Bedingung ist auch offenbar nicht eine künstlich gemachte, sondern eine wesentlich nothwendige, da in beiden Fällen eine wirkliche Unmöglichkeit eintritt, und der einzige zwischen beiden vorkommende Unterschied, daß Naturgesetze unwandelbar, Rechtsgesetze aber wandelbar sind, und also das jetzt juristisch Unmögliche einmal möglich werden kann, kann nicht in Betracht kommen, „non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio".

III. Sehr allgemein werden den juristisch oder s. g. moralisch unmöglichen Bedingungen auch diejenigen zugezählt, bei denen das zur Bedingung Gesetzte zwar wohl in Erfüllung gehen kann, aber nach Rechts- oder Sittengesetzen nicht in Erfüllung gehen darf, die also ein Unrecht oder eine Unsittlichkeit enthalten, z. B. wenn Titius einen Ehebruch, einen Diebstahl u. dgl. begeht; und wirklich finden wir in zahlreichen Gesetzen den Grundsatz ausgesprochen, daß solche conditiones contra leges et decreta principum oder contra bonos mores, eben so wie conditiones natura impossibiles, ein Rechtsgeschäft unter Lebenden vernichten, bei einer letztwilligen Disposition aber für nicht zugefügt gelten sollen, l. 123, l. 137. §. 6. de V. O., l. 9, l. 14, l. 15, l. 27. pr. de condit. instit. (28, 7), l. 5. C. de institutionib. (6, 25). Gegen diese herkömmliche Darstellungsweise haben aber neuerlich bes. Arndts a. a. O. S. 172 fgg. und Savigny a. a. O. S. 169 fgg., sehr erhebliche Bedenken geltend gemacht, vgl. auch Sintenis, prakt. Zivilrecht I. S. 177 fgg., und ich muß dieselben, ungeachtet der Einwendungen Mühlenbruchs a. a. O. S. 111 fgg., S. 123 fgg., für vollkommen begründet halten. Soviel leuchtet von vorneherein ein, daß ein wesentlicher Begriffs-Unterschied zwischen diesen unsittlichen und jenen unmöglichen Bedingungen Statt findet, und daß die Gleichstellung beider, wenn und soweit sie begründet ist, jedenfalls nur eine künstliche, keine nothwendige und begriffsmäßige ist, denn ein Diebstahl, ein Ehebruch u. dgl. sind, wenn auch verboten, doch vollkommen möglich, während eine giltige Ehe zwischen Geschwistern, Eigenthumsrecht an einer res extra commercium u. dgl. wirklich unmöglich sind. In der That ist denn auch die Gleichstellung der unsittlichen und der unmöglichen Bedingungen in unsren Gesetzen keineswegs durchgreifend, sondern diese Gleichstellung gilt nur insoweit, als die erstren, sofern man sie als gewöhnliche Bedingungen wirken lassen wollte, zur Beförderung von Unrecht oder Unsittlichkeit dienen würden. Wo dieser Gesichtspunkt nicht eintritt, da gelten sie als gewöhnliche Bedingungen, und es leuchtet

von selbst ein, daß dadurch wesentliche Verschiedenheiten von den eigentlich unmöglichen Bedingungen herbeigeführt werden.

1) Wir haben oben gesehen, daß es bei der eigentlichen unmöglichen Bedingung — einerlei, ob dieselbe physisch oder juristisch unmöglich ist — völlig gleichgiltig ist, in wessen Person das Unmögliche eintreten soll. Dies ist aber bei der conditio turpis nicht der Fall. Allerdings zwar ist der Vertrag, wodurch sich Jemand etwas versprechen läßt, wenn er, der Promissar, eine Schlechtigkeit begebe, eben so ungiltig, wie wenn eine unmögliche Bedingung dem Vertrage zugefügt wäre, l. 123. de V. O. Wenn dagegen Jemand etwas verspricht unter der Bedingung, wenn er, der Promittent, eines Unrechts oder einer Unsittlichkeit sich schuldig machen würde, so ist dieser Vertrag vollkommen giltig, l. 121. de V. O. vgl. mit l. 50. de pact. (2, 14), l. 1. 2. C. si mancip. ita venierit (4, 56), und dasselbe ist begreiflich auch der Fall bei der Bedingung, wenn ein Dritter etwas Schlechtes vornehmen würde.

2) Es wurde oben bemerkt, daß die Negation einer physisch oder juristisch unmöglichen Bedingung — die fälschlich s. g. negative unmögliche Bedingung — immer eine nothwendige Bedingung involvirt, und folglich ein Rechtsgeschäft unter einer solchen Bedingung immer als ein negotium *purum* erscheint. Ganz anders aber verhält sich dies bei der Negation einer turpis conditio. Wenn nämlich

a) Jemand etwas verspricht, wenn er, der Promittent, eine Schlechtigkeit nicht begehen würde, so ist auch dieses eine conditio turpis, und der ganze Vertrag ist ungiltig, §. 24. J. de inut. stipul. (3, 19), l. 26. 27. de V. O.

b) Wenn Jemand sich etwas versprechen läßt, wenn er, der Promissar, ein Verbrechen nicht begehen würde, so liegt einem solchen Vertrage in der Regel eine verächtliche Erpressung zu Grunde, und das Geschäft ist daher nichtig, l. 7. §. 2. de pact. (2, 14), l. 1. §. 2. l. 2. de cond. ob turp. caus. (12, 5), l. 5. de tut. et rat. distr. (27, 3).

c) Wenn endlich die Bedingung dahin lautet, wenn ein Dritter eine Schlechtigkeit nicht begehen würde, so ist dies in der Regel ein gewöhnliches bedingtes Geschäft, und die Bedingung kann weder als eine unmögliche, noch als eine nothwendige angesehen werden.

3) Wenn eine unsittliche Bedingung als resolutive zugefügt ist, so gilt begreiflich im Allgemeinen der Grundsatz, daß dadurch eben so, wie durch eine unmögliche, das Nebengeschäft über den Rückfall vernichtet, und also Alles so angesehen wird, wie wenn gar keine Resolutiv-Bedingung zugefügt wäre, und wenn Sell a. a. O. S. 133 fgg., und bedingte Tradition S. 208 fgg. vielmehr das ganze Hauptgeschäft als dadurch vernichtet annehmen will, so ist dies gewiß ein Verstoß gegen das Prinzip: utile per inutile non vitiatur. Doch müssen allerdings einige Modifikationen unsres Grundsatzes anerkannt werden:

a) Wenn die Res. Bedingung so lautet „wenn der Erwerber eine Schlechtigkeit begehen wird", so behält diese Bedingung ihre gewöhnliche Wirksamkeit, arg. l. 121. de V. O. (s. oben III. 1.

b) Wenn durch die Form einer resolutiven Bedingung nur die oben aufgestellten Grundsätze über unsittliche suspensive Bedingungen umgangen würden,

so versteht es sich, daß nicht blos das Nebengeschäft über den Rückfall, sondern das ganze Hauptgeschäft durch die unsittliche Resol. Bedingung vernichtet werden muß. Wenn ich Jemanden 100 verspreche unter der Susp. Bedingung, wenn er ein Verbrechen begehe, so ist das ganze Geschäft nichtig; wenn dies nun dadurch umgangen werden soll, daß ich die 100 zwar pure verspreche, aber die Res. Bedingung zufüge: wenn er das Verbrechen nicht begehe; so ist es einleuchtend, daß hier nicht blos das Nebengeschäft über den Rückfall, sondern das ganze Geschäft vernichtet werden muß; vgl. auch Savigny a. a. O. S. 193. —

Welche Bedingungen nun aber zu den unter dieser Nummer behandelten unsittlichen gehören, läßt sich im Allgemeinen nur dahin entscheiden, daß alle solche Handlungen dahin zu rechnen sind, welche nach der geläuterten Volksmoral einer bestimmten Zeit, den, welcher sie vornimmt, schänden würden, und nur das kann hier noch bemerkt werden, daß auch unanständige, wenn gleich nicht unsittliche, und lächerliche Bedingungen dahin gezählt werden müssen, l. 14. de condit inst., l. 71. pr. de legat., *Paul.* l. c. Doch sind einige Fragen noch besonders zu erörtern:

1) Sehr bestritten ist es, ob die Bedingung, die Religion zu ändern oder nicht zu ändern, zu den moralisch unmöglichen gehöre? Sehr Viele nehmen allgemein das Erstere an, z. B. Mackeldey §. 171. Not. f., Jäger in der Gießer Zeitschrift III. Abh. 16, Sell a. a. O. S. 142 fgg. und beb. Tradit. S. 209 Not., Mühlenbruch a. a. O. S. 104 fgg., Savigny a. a. O. S. 184 fgg., Sintenis, prakt. Zivilrecht I. S. 178 Not. 53, Keller §. 51 gegen Ende, während Andre die gerade umgekehrte Meinung verfechten, z. B. Wening §. 88, Thibaut, System §. 954. und in Braun's Erörtr. S. 727, Seuffert, Lehrbuch §. 536. Not. 4, und wieder Andre wollen unterscheiden, ob die Bedingung, die Religion beizubehalten, oder sie zu verändern, gestellt sei, z. B. Höpfner §. 490. Not. 2, Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. §. 79. Gewiß ist die zweite Meinung, wornach eine solche Bedingung allgemein zulässig ist, allein zu billigen, denn der von den Vertheidigern der entgegengesetzten Meinung stets aufgefaßte Gesichtspunkt, daß es schändlich sei, aus Eigennutz den religiösen Glauben beizubehalten oder zu ändern, kann hier nicht entscheiden, indem zu moralisch unmöglichen Bedingungen nur solche Handlungen gezählt werden dürfen, die schon objektiv betrachtet, das Sittengesetz verletzen, vgl. l. 15. fin. de condit. instit., nicht aber solche, die nur erst durch die dabei zu Grunde liegende Gesinnung zu unsittlichen werden können. So ist es z. B. doch gewiß unsittlich, wenn Jemand aus Eigennutz eine bestimmte Person heirathet, und doch steht einer solchen Bedingung selbst bei letzten Willen, die doch in dieser Beziehung beschränkter sind, als Dispositionen unter Lebenden, durchaus nichts im Wege, wenn nur die Person eine solche ist, die man mit Ehren heirathen kann, l. 10, l. 63. §. 1, l. 71. §. 1. de condit. et demonstr., l. 1. 2. C. de condit. instit. — Die Bestimmung des Prätorischen Edikts über die conditio jurisjurandi bei letzten Willen, l. 8. pr. de condit. instit., kann bei unserer Frage unmöglich analog angewendet werden, theils weil dies eine Bedingung ist, die wenigstens leicht zur Vornahme einer schon objectiv illegalen Handlung, zu einem Meineid hinführen kann, theils weil es eine durchaus

nicht analog anzuwendende Singularität bei letzten Willen ist; vgl. auch Gerhard in der Sächsischen Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung. Neue Folge. XX. S. 481 fgg.

2) Die Bedingung gar nicht, oder nach der Willkür eines Dritten nicht zu heirathen, wird von Vielen, z. B. Mühlenbruch §. 106. Not. 11 und Kommentar XLI. S. 94 fgg., Wening §. 88, Sell a. a. O. S. 141 und 157 fgg und bed. Tradition. S. 209 Not., Savigny a. a. O. S. 180 fgg., allgemein als moralisch unmögliche Bedingung betrachtet, aber gewiß mit Unrecht, da dies nur eine durch die lex Julia et Pap. Poppaea für letzte Willensordnungen eingeführte Singularität ist, die nicht ausgedehnt werden darf, und eben dies ist auch bei der Bedingung der Fall, seinen Wohnort nicht zu verändern.

IV. Noch sind einige besondere Bemerkungen hinzu zu fügen:

1) Es kann namentlich bei juristisch unmöglichen Bedingungen oft vorkommen, daß die Unmöglichkeit blos vorübergehend ist. Doch aber muß, wenn im Augenblick des abgeschlossenen Geschäfts Unmöglichkeit vorhanden ist, das ganze Geschäft nichtig werden, l. 35. §. 1, l. 137. §. 6. de V. O. Im umgekehrten Falle, wenn die Bedingung Anfangs möglich, nachher unmöglich geworden ist, gilt dieselbe für defizirt und dies muß selbst dann angenommen werden, wenn die nachher eintretende Unmöglichkeit nur eine vorübergehende ist, §. 2. J. de inutil. stipul. (3, 20), l. 83. §. 5, l. 137. §. 6. de V. O. — Sell S. 45 fgg.

2) Nicht selten kommt es vor, daß eine Bedingung gleich Anfangs theilweise möglich, theilweise unmöglich ist, oder die Anfangs völlig mögliche Bedingung nachher theilweise unmöglich wird. Die Gesetze schweigen bei Geschäften unter Lebenden völlig über diesen Fall. Nach allgemeinen Grundsätzen muß man aber hier gewiß sagen, daß das Geschäft eben so gleich Anfangs ungiltig sei, oder nachher ungiltig werde, wie im Falle einer totalen Unmöglichkeit. Doch aber muß wohl der Fall ausgenommen werden, wenn Mehrere zusammen etwas vornehmen sollen, und einige sich weigern, arg. l. 112. pr. §. 2. de condit. et demonstr., l. 6. C. de condit. insert., oder an Mehrere etwas geleistet werden soll, und bei Einigen dies nicht geschehen kann, arg. l. 112. pr. §. 1. de cond. et demonstr., obwohl auch in diesen Fällen unsere Regel eintreten muß, wenn der Absicht des Disponenten nach die totale Erfüllung als wesentlich erscheint — Sell S. 62 fgg.

3) Endlich kann auch der Fall leicht eintreten, daß eine Bedingung blos relativ unmöglich ist, d. h. der Gegenstand der Bedingung ist ein im Allgemeinen zwar mögliches, im besondern Falle aber unmögliches Ereigniß (s. g. conditiones per suppositionem vel per accidens impossibiles, oder auch conditt. secundum quid impossibiles). Für Rechtsgeschäfte unter Lebenden muß hier das Prinzip gelten, daß die relativ unmögliche Bedingung der absolut unmöglichen gleichstehe, und daß es auch dabei gar nicht auf Kenntniß oder Unkenntniß der Partheien ankomme, l. 1. §. 9. vgl. mit §. 11. de O. et A. (44, 7), §. 1. 2. J. de inutib. stipul. (3, 20), *Gai.* III. §. 97. 98. — Sell S. 74 fgg.

2) Erfüllung der Bedingung. §. 94.

1) *Papinian.* l. 115. §. 1. de V. O.: Sed et si ita stipulatus fuero: si in Capitolium non ascenderis, vel Alexandriam non ieris, centum dari spondes? non statim committetur stipulatio, quamvis Capitolium ascendere, vel Alexandriam pervenire potueris, sed quum certum esse coeperit, te Capitolium ascendere vel Alexandriam ire non posse.

2) *Ulp.* l. 161. de R. J.: In jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset, quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur; quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, quum per promissorem factum esset, quominus stipulator conditioni pareret. (Vgl. auch l. 24. de cond. et dem., eine Stelle von Julian, welche zum größten Theile wörtlich mit der l. 161. cit. übereinstimmt, nur mit dem wesentlichen Unterschiede, daß während in der l. 161. cit. die Florent., die meisten übrigen Mss. und die Basiliken lesen: „conditionem *non* impleri", umgekehrt in der l. 24. cit. die Flor., die Mehrzahl der Mss. und die Basiliken das *non* weglassen. Daß beide Stellen wirklich ganz denselben Gedanken ausdrücken sollen, kann nicht wohl zweifelhaft sein, und da scheint es denn das Natürlichste zu sein, die eine aus der andren zu emendiren, und das *non* entweder in beiden wegzulassen, oder in beiden zuzufügen, und wäre dies die einzige Aushülfe, so würde man nicht anstehen können, das Letztre vorzuziehen, und auch in der l. 24. cit. das non einzuschalten. In der That ist diese Aushülfe aber nicht nothwendig, indem beide Stellen auch ohne alle Veränderung der handschriftlichen Lesart doch zu demselben Resultate führen—denn, wer bei der Nichterfüllung der Bedingung interessirt ist, dessen Interesse wird auch bei der Erfüllnng derselben berührt, so daß man von demselben Subjekt sagen kann: „ejus interest conditionem *non* impleri" und „ejus interest conditionem impleri", — und da nur der Ulpianische Ausdruck präziser ist, als der Julianische, so ist es das Wahrscheinlichste, daß Julian wirklich so geschrieben hat, wie wir es jetzt noch in l. 24. cit. lesen, und Ulpian nur, indem er Julian's Ausspruch adoptirte, durch Einschaltung des non demselben eine größere Präzision gab. Doch sind die Ansichten hierüber sehr verschieden, vgl. *Schult.* et *Smal-*

lenburg. ad l. 24 cit. (tom. V. p. 499.) und ad l. 161 cit. (VII. p. 881.), Savigny S. 140. Not. 9.

3) Vgl. §. 92. T. 5.

3) Wirkungen.

W. Sell über bedingte Traditionen, zugleich als Revision der Lehre von den Wirkungen der Bedingungen im Allgem. Zürich 1839, Savigny a. a. O. S. 149 fgg.

a) Der Suspensiv-Bedingung. §. 95.

1) *Paul.* l. 8. de peric. et commodo (18, 6): Quodsi sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio, sicut nec stipulatio. Quodsi extiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse periculum ajunt; idem Pomponius libro nono probat. Quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emtione in praeteritum. Quodsi pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum est, repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris.

2) *Gai.* l. 11. §. 1. qui potior. in pign. (20, 3): Quum semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset.

Anm. Wenn einem Rechtsgeschäfte eine Susp. Bed. zugefügt ist, so muß unterschieden werden, ob dieselbe noch schwebt, ob sie erfüllt ist, oder ob sie deficirt.

I. Pendente conditione existirt noch gar keine wahre obligatio „nihil interim debetur“, l. 13. §. 5. de pignorib. (20, 1), und an eine Klage von Seiten des Berechtigten ist so wenig zu denken (vgl. jedoch l. 5. §. 1. de pignor. (20, 1), l. 19. de pec. const. (13, 5), und dazu Huschke in der Gießer Zeitschrift XX. S. 166 fgg.), daß selbst das inzwischen Gezahlte mit der condictio indebiti zurückgefordert werden kann, l. 17. 18. 44. 56. de condict. indeb. (12, 6). Eben so ist auch noch die Gefahr des Untergangs auf Seiten des Promittenten, l. 8. pr. de peric. et comm. (18, 6) vgl. unten Bd. III. §. 591. Anm., und durch Tradition der Sache an den Acceptanten geht so wenig Eigenthum über, daß nicht einmal ein Usukapionstitel während schwebender Be-

dingung besteht, l. 8. cit., l. 2. §. 2. pro emt. (41, 4), l. 1. §. 2. pro dote (41, 9). [Ueber den Schluß von l. 1. §. 2. cit. vgl. mit l. 67. de jure dot. (23, 3) und Vat. fragm. §. 111. s. Fell a. a. O. S. 31 fgg.] — Auf der andern Seite ist aber auch schon pendente conditione ein gewisses vinculum necessitatis vorhanden, indem keine Parthei eigenmächtig von dem Geschäfte abgehen darf, l. 42. pr. de O. et A., l. 5. C. de O. et A. (4, 10), sondern die Entscheidung der Bedingung abwarten muß; denn wollte der Promittent den Eintritt derselben hindern, so würde sie als erfüllt angesehen (§. 94). Dieses jus futurum zeigt sich aber auch schon insofern bedeutsam, daß es auf die Erben übergeht, wenn es sich nicht von höchst persönlichen Rechten handelt, l. 8. pr. de comm. et peric., und daß Sicherungsmittel deshalb ergriffen werden können, l. 13. §. 5. de pignorib., tit. Dig. ut legator. seu fideic. servandor. causa caveatur (36, 3), so wie auch die Gefahr der Deterioration schon auf die Acceptanten übergeht, l. 8. pr. de peric. et comm.

II. Wenn die Bedingung erfüllt ist (conditio existens), so muß zwischen den verschiedenen Arten von Rechtsgeschäften unterschieden werden.

1) Wenn die Bedingung einem obligatorischen Vertrage beigefügt ist, so hat die Erfüllung der Bedingung die Wirkung, daß sich jetzt das ganze Rechtsverhältniß so gestaltet, als wenn der Vertrag gleich von Anfang an unbedingt abgeschlossen wäre, l. 11. §. 1. qui potior. in pign. (20, 4):

> *Gaius.* „Quum semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset";

vgl. auch l. 8. pr. de peric. et comm. (T. 1.) verb.:

> „constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, *quasi jam contracta emtione in praeteritum*"

und l. 42. pr. de O, et A. (44, 7):

> *Ulpian.* „Is, cui sub conditione legatum est pendente conditione non est creditor, sed tunc, quum extiterit conditio, quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet, etiam pendente conditione creditorem esse",

in welcher letztren Stelle noch besonders der Gegensatz zwischen bedingten Verträgen und Vermächtnissen (bei welchen keine Rückziehung der Bedingung Statt findet, s. unten Nr. 4.) hervorzuheben ist. Aus diesem Prinzip der Rückziehung geht denn auch eine ganze Reihe von Rechtssätzen hervor, die ohnedies schwer oder gar nicht zu erklären sein würden So wird z. B. wegen bedingter Vertragsschulden eine alienatio in fraudem creditorum angenommen, während dies wegen bedingter Vermächtnisse keineswegs der Fall ist, l. 27. pr. qui et a quib. (40, 9). So wird ferner, wenn ein Haussohn oder ein Sklave einen bedingten Vertrag abschließt, die actio dem Gewalthaber erworben, wenn auch zur Zeit der erfüllten Bedingung das Gewaltsverhältniß bereits gelös't ist, l. 78. pr. de V. O. l. ult. de stipul. servor. (45, 33), l. 18. de R. J. Weiter gehört hierher, daß auch während schwebender Bedingung eine rechtsgiltige Novation, l. 14. §. 1. de nov. (46, 2), und eben so eine rechtsgiltige Acceptilation abgeschlossen werden kann, l. 16. de solut. (46, 3), in welcher letztren Stelle Pomponius noch besonders scharf auf die Rückziehung der Bedingung hindeutet:

„**Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente *intelligitur jam olim liberatus*".**

So gilt eine bedingte Schuld, welche während bestehender Sozietät kontrahirt ist, als Sozietätsschuld, auch wenn die Bedingung erst nach aufgehobener Sozietät in Erfüllung geht, **l. 27. pro soc. (17, 2)** u. dgl. m. Wenn ungeachtet dieser zahlreichen Quellen=Aussprüche dennoch von Manchen, z. B. Schweppe, Hdb. I. S. 257 fgg., Kritz, Rechtsf. IV. S. 324 fgg., Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung. Basel 1851 das Prinzip der Rückziehung der Bedingung allgemein, also auch für bedingte Verträge, in Abrede gestellt wird, so ist dieses um so weniger zu billigen, da auch gute innere Gründe, und namentlich auch der vermuthliche Willen der Kontrahenten sich für diesen Grundsatz geltend machen lassen, Sell a. a. O. S. 100 fgg., Götting in der oben zit. Abh. S. 268 fgg. Vgl. auch Thibaut, ziv. Abhh. S. 362 fgg., Mühlenbruch, Komment. XLI. S. 49 fgg., Savigny a. a. O. S. 150 fgg., Wächter, Handb. II. S. 701 fgg., Fitting, über den Begriff der Rückziehung. Erl. 1856. S. 52 fgg., Unger, System II. S. 71 fgg. — Doch ist diese Rückziehung nur mit folgenden näheren Bestimmungen zu verstehen:

a) Wer unter einer Bedingung eine Sache zu fordern hat, bekommt mit dem Eintritt der Bedingung nicht alsbald das Eigenthum, so als wenn er gleich beim Abschluß des Geschäfts Eigenthümer geworden wäre, sondern nur sein Forderungsrecht wird purifizirt, und daraus geht von selbst hervor, daß wenn der Promittent **pendente conditione** oder auch nachher bis zur Tradition, anderweite Dispositionen über die Sache getroffen hatte, der Promissar diese nicht anfechten, sondern sich nur mit Entschädigungs=Klagen gegen seinen wortbrüchigen Kontrahenten wenden kann.

b) Die Wirkung der erfüllten Bedingung wird auch nicht im Mindesten verhindert, weder durch den inzwischen erfolgten Tod des Promissar, **§. 4. J. de V. O. (3, 15), §. 25. J. de inutil. stip. (3, 19)**, noch durch den Tod des Promittenten **§. 25. J. cit. l. 36. §. 1. fin. de usufr. (7, 1), l. 8. pr. de per. et comm. (18, 6), l. 57. de V. O. (45, 1).**

c) Manche dehnen die Rückziehung der Bedingung soweit aus, daß sie behaupten, nach Erfüllung der Bedingung müßten dem Promissar auch alle in der Zwischenzeit gezogenen Früchte herausgegeben werden, vgl. besonders Thibaut, ziv. Abh. S. 362 fgg. und Sell a. a. O. S. 144 fgg. Ich halte diese Behauptung für entschieden irrig, und auch der vermittelnden Meinung Savigny's S. 152. kann ich nicht beitreten, wornach jenes Anrecht auf die Früchte wenigstens als Regel angenommen werden müsse, „jedoch mit steter Rücksicht auf die wahrscheinliche Absicht in einzelnen Fällen". Ich glaube umgekehrt, daß in der Regel der Promissar die Früchte der Zwischenzeit nicht anzusprechen befugt ist, und daß dies nur ausnahmsweise in einzelnen Fällen sich anders verhält, wenn sich eine anderweite Absicht bestimmt nachweisen läßt. Es kommen hierbei folgende Punkte hauptsächlich in Betracht. 1) Zunächst ist soviel gewiß, daß kein Gesetz speziell unsre Frage entscheidet, denn wenn jetzt Sell S. 148. in der **l. 12. §. 2. fam. herc. (10, 2)** eine solche Stelle gefunden zu haben glaubt, welche direkt seine Meinung ausspreche, so beruht dies auf einem offenbaren Mißverständniß der

Worte „cum sua scilicet causa“, denn darunter sind nicht die Accessionen und Früchte zu verstehen, wie Sell meint, sondern ihr Sinn ist nur, daß die sub conditione legirte Sache dem Erben im judicium fam. herc. nicht schlechthin adjudizirt werden dürfe, sondern mit Berücksichtigung des schwebenden Legats, also cum onere suo, und die folgenden Worte: ut existente conditione etc. enthalten eben die nähere Angabe dieser causa; vgl. auch Götting in der angeführten Abhandlung S. 296 fgg.— 2) Aus den auf eigenthümlichen Gründen beruhenden Bestimmungen über die in diem addictio und die lex commissoria, wornach dem Rückerwerber die von dem Erwerber bis zum Eintritt der Resolutiv-Bedingung gezogenen Früchte restituirt werden sollen, l. 6. pr. de in diem addict. (18, 2), l. 4. pr. §. 1, l. 5. de lege comm. (18, 3), läßt sich unmöglich eine allgemeine Regel, nicht einmal för resolutive, und um so weniger noch für Suspensiv-Bedingungen bilden. — 3) Das Richtige ist, daß eine Rückziehung der Bedingung nur in Betreff des Rechtserwerbs selbst, aber nicht auch in Betreff der Ausübung angenommen werden kann. Wenn nämlich auch die eigentliche specifische Bedeutung der Bedingung dahin geht, daß dadurch wesentlich nur die Existenz eines Rechtsverhältnisses von dem Eintritt eines äußern Umstands abhängig gemacht wird, so ist damit doch in der Regel auch noch die weitere Wirkung verbunden, daß auch die Ausübung des Rechts bis zum Eintritt jenes Umstands hinausgeschoben werden soll, m. a. W. in jeder *conditio* ist der Regel nach auch ein *dies* enthalten, vgl. Fitting a. a. O. S. 331 fgg. Soweit die Bedingung als solche wirkt, wird sie zurückgezogen, d. h. bei ihrem Eintritt wird das bis dahin schwebende Rechtsverhältniß rückwärts als von Anfang an begründet angenommen; soweit aber die Bedingung zugleich einen dies enthält, kann niemals eine Rückziehung Statt finden, und die Ausübung des Rechts kann also immer erst nach Eintritt der Bedingung beansprucht werden. Wie bei einem Geschäfte, welchem blos ein dies beigefügt ist, es sich ganz von selbst versteht, daß nach Eintritt dieses dies keine Rückziehung angenommen werden kann, ganz eben so verhält es sich auch bei einem bedingten Geschäfte, soweit in der Bedingung zugleich ein dies enthalten ist, d. h. nach erfüllter Bedingung ist es nun gerade so, wie wenn das Geschäft von Anfang an unbedingt aber ex die abgeschlossen und dieser dies nachher eingetreten wäre. Aus diesen Prämissen geht z. B. von selbst hervor, daß eine bedingte Forderung vor Eintritt der Bedingung nicht fällig werden, und diese Fälligkeit auch niemals auf den Zeitpunkt des Kontrakts zurückgezogen werden kann, denn, wie Wächter a. a. O. S. 708. mit Recht bemerkt, „es wäre widersinnig zu sagen, daß ein Schuldner, der in einem gewissen Zeitraum gar nicht zu zahlen verbunden war, hinterher so zu behandeln sei, als ob er in diesem Zeitraum hätte zahlen sollen“. Ganz eben so verhält es sich mit der Nativität der Klage und den davon abhängigen Folgen (z. B. Anfang der Klagen-Verjährung), und damit hängt auch zusammen, daß wenn in einem bedingten Vertrage eine Unterlassung versprochen ist, und während schwebender Bedingung ein Kontraventionsfall vorkommt, deßhalb auch nach eingetretener Bedingung keine Klage erhoben werden kann. Ganz aus denselben Gründen kann aber auch offensichtlich der Promissar für die Zeit während schwebender Bedingung

keine Früchte in Anspruch nehmen. — 4) Nur, wenn der Promissar sogleich auch in den Besitz der unter einer Bedingung versprochenen Sache gesetzt wird, läßt sich auf die Absicht schließen, daß derselbe auch Anspruch auf den Fruchtgenuß haben soll, und in diesem Falle tritt dann eine Ausnahme von der hier vertheidigten Regel ein. Vgl. auch Schweppe, Handbuch I. S. 258.

d) Auch insofern wird keine Rückziehung der Bedingung angenommen, daß die objektiven Erfordernisse des Geschäfts nicht nach dem Augenblicke des Geschäfts-Abschlusses, sondern vielmehr lediglich nach dem Zeitpunkt der erfüllten Bedingung beurtheilt werden müssen, weil ja erst in diesem Augenblick die Existenz des Geschäfts entschieden wird. Sind dieselben in diesem Momente begründet, so ist das Geschäft giltig, wenn es auch zur Zeit des Abschlusses an einem solchen Erforderniße gefehlt haben sollte, und zwar gilt dieser wichtige Grundsatz nicht etwa nur bei Legaten (— regula Catoniana ad legata conditionalia non pertinet, vgl. §. 540. Anm. —), sondern auch bei Geschäften unter Lebenden, und wenn ich mir also z. B. meine eigene Sache unter einer Bedingung versprechen lasse, so ist dieser Vertrag vollkommen giltig, wenn nur im Augenblicke der erfüllten Bedingung die Sache nicht mehr in meinem Eigenthume sich befindet, l. 31, l. 98. de V. O., l. 61. de contr. emt. (18, 1), während natürlich ein solcher Vertrag nichtig sein würde, wenn der Zeitpunkt des Abschlusses in Betracht käme. (Wenn Götting a. a. O. S. 277 fgg. bei Stipulationen einer eignen Sache nur die eine Bedingung zulassen will „wenn die Sache nicht mehr im Eigenthum des Stipulator stehen werde", so ist dieses derselbe Irrthum, der in ähnlicher Weise auch bei einem legatum rei propriae von Manchen vertheidigt wird, vgl. unten §. 525. Anm. 2). — Wenn es umgekehrt zwar nicht zur Zeit des Geschäfts-Abschlusses, wohl aber zur Zeit der erfüllten Bedingung an einem solchen objektiven Erforderniß fehlt, so muß konsequent auch das ganze Geschäft nichtig sein, und dadurch rechtfertigt sich hinlänglich der bekannte Satz, daß das ganze Geschäft hinfällig wird, wenn das Objekt desselben während schwebender Bedingung durch Zufall zu Grunde geht, vgl. unten §. 591. Anm. — Die subjektiven Erfordernisse müssen natürlich auch bei bedingten Geschäften stets nach dem Augenblick des Geschäfts-Abschlusses beurtheilt werden; vgl. auch l. 26. de stipul. servor. (45, 3).

e) Wenn die Bedingung nur von dem Willen des Schuldners abhängt, so fällt alle und jede Zurückziehung hinweg, und Recht und Ausübung des Rechts beginnt erst, wenn der Schuldner die fragliche Willenshandlung vorgenommen hat, l. 4. quae res pignori (20, 3), l. 9. §. 1, l. 11. pr. qui potior. in pign. (20, 4). Uebrigens herrscht über die engere oder weitere Fassung dieser Ausnahme viel Streit, vgl. z. B. die sehr von einander abweichenden Darstellungen von Trotsche in der Gieß. Zeitschr. XVIII. S. 103 fgg., Götting in der angef. Abh. S. 309 fgg., Schmidt in der Gießer Zeitschr. N. F. VIII. S. 382 fgg., Wächter, Handbuch II. S. 702 fgg. Not. 19, Windscheid im civ. Arch. XXXV. S. 51 fgg., Regelsberger, zur Lehre vom Alters-Vorzug der Pfandrechte. Erlangen 1859. S. 49 fgg.

2) Wenn einem Eigenthum übertragenden Geschäfte, also einer Tradition, eine Bedingung beigefügt und dieselbe erfüllt ist, so ist soviel

unzweifelhaft, daß jetzt ipso jure das Eigenthum dem Erwerber zufällt. Wenn aber die herrschende, früher auch in diesem Lehrbuch vertheidigte, Meinung dahin geht, daß auch hier eine Rückziehung der Bedingung angenommen werden müsse, und demnach der Erwerber schon rückwärts vom Tage der Tradition an als Eigenthümer erscheine: so scheint zwar die Konsequenz gar sehr für diese Ansicht zu sprechen — denn wenn bei obligatorischen Geschäften die Bedingung retrahirt wird, warum sollte dies nicht auch bei Eigenthum übertragenden Geschäften der Fall sein? — aber dennoch verhält sich dies in Wahrheit anders, vgl. Fitting in Goldschmidt's Zeitschr. II. S. 255. Anm. Es ist schon oben bemerkt worden, daß jede Bedingung in der Regel auch zugleich einen *dies* enthält, woraus hervorgeht, daß, wenn die Bedingung erfüllt ist, das Verhältniß sich so gestaltet, als wenn das Geschäft von Anfang an unbedingt aber mit Zufügung eines dies abgeschlossen, und dieser dies eingetreten wäre (S. 144). Wenn nun einem Eigenthum übertragenden Geschäfte ein diés a quo beigefügt ist, so bleibt unzweifelhaft der Eigenthums-Erwerb selbst bis zum Eintritt dieses dies aufgeschoben, so daß der Erwerber zwar inzwischen die sichere Aussicht auf künftigen Erwerb hat, aber der Erwerb selbst immer erst mit der Existenz des dies eintritt, und zwar natürlich ohne alle Rückziehung, da eine solche überhaupt bei dem dies nicht vorkommen kann. Genau dasselbe muß nun auch gesagt werden, wenn die Eigenthums-Uebertragung unter einer Bedingung geschehen, und diese Bedingung eingetreten ist; es ist jetzt so, als wenn von Anfang an unbedingt aber ex die tradirt, und dieser dies eingetreten wäre, d. h. es geht mit erfüllter Bedingung das Eigenthum zwar ipso jure, aber erst ex nunc, nicht ex tunc auf den Erwerber über. Hiernach ist eine verschiedene Behandlung der erfüllten Bedingung bei obligatorischen und bei Eigenthum übertragenden Geschäften nicht blos erklärlich, sondern durch die Konsequenz geboten, weil der *dies* seiner Natur nach bei diesen beiden Arten von Geschäften verschieden wirkt, indem dadurch bei Verträgen nicht die obligatio selbst, sondern nur die Realisirung derselben, bei Traditionen der Erwerb des Eigenthums selbst hinausgeschoben wird. — Mit diesem Ergebniß stimmen nun auch unsre Quellen überein, indem dort nirgends gesagt wird, daß mit erfüllter Bedingung sich herausstelle, daß der Erwerber schon von Anfang an Eigenthümer geworden sei, sondern immer nur, daß erst jetzt der Erwerber zum Eigenthümer werde; vgl. z. B. l. 1. pr. de donat. (39, 5), wo die donatio sub conditione so charakterisirt wird:

> „dat aliquis, ut *tunc demum* accipientis fiat, quum aliquid secutum fuerit",

l. 2. §. 5 eod. („tunc demum", „mea fiet"), l. 11. §. 1 sqq., bes. §. 9. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1), l. 2. fin., l. 29. de mort. c. donat. (39, 6), l. 1. §. 2. pro dote (41, 9), Fitting a. a. O. Wenn man dagegen in der l. 8. de R. C. (12, 1) ein wichtiges Argument für die Rückziehung der Bedingung auch bei Traditionen hat finden wollen, vgl. Sell a. a. O. S. 107 fgg., so übersieht man, daß hier Pomponius zwei Fälle zusammenstellt, die zwar darin übereinstimmen, daß in beiden eine mutui datio „interdum pendet, ut ex postfacto confirmetur", die aber in allem übrigen so sehr auseinander gehen, daß es schlechthin unzulässig erscheint, das, was der Jurist am Schluß der Stelle

lediglich von dem zweiten Falle sagt, auch auf den ersten, auf die mutui datio sub conditione, beziehen zu wollen. — Im Einzelnen sind hier noch folgende Punkte zu beachten:

a) Der Tradent ist während schwebender Bedingung der alleinige wahre Eigenthümer, und nur ihm steht die rei vindicatio zu, l. 29. de mort. c. don. (39, 6), obwohl sie natürlich nicht gegen den Erwerber selbst mit Erfolg angestellt werden kann, sondern durch eine justa exceptio entkräftet wird, arg. l. 7. §. 3 fin. de jure dot. (23, 3). Wäre eine wahre Rückziehung anzunehmen, so müßte man konsequent sagen, daß während schwebender Bedingung keiner von Beiden, weder der Tradent noch der Erwerber vindiziren könne, sondern erst der Ausgang der Bedingung darüber entscheiden müsse, vgl. l. 12. §. 5. de usufr. (7, 1), l. 43. §. 10. de aed. ed. (21, 1), Fitting, Rückziehung S. 90 und in Goldschmidt Zeitschr. für Handelsrecht II. S. 257.

b) Der Tradent ist zwar Eigenthümer, aber er hat ein der Dauer nach beschränktes Recht, und da versteht es sich von selbst, daß er zwar in der Zwischenzeit die Sache mit Servituten, Pfandrechten u. s. w. belasten kann, daß aber alle diese Rechte eben so zeitlich beschränkt sind, wie sein Eigenthumsrecht, denn „nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet". Mit erfüllter Bedingung müssen also alle inzwischen von ihm konstituirten dinglichen Rechte ipso jure erlöschen („resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum"), und die Sache geht so frei auf den Erwerber über, wie sie im Augenblick der Tradition war, vgl. auch l. 11. §. 1. quemadm. serv. am. (8, 6): „servitutes *extinguentur*, si legati conditio existat", l. 105. de condit. (35, 1): „sed et imposita servitas *finietur*". In den Fällen eigentlicher Rückziehung kann begreiflich nicht von einem Erlöschen solcher Rechte die Rede sein, sondern man muß sagen, es erhelle jetzt, daß dieselben von Anfang an von einem Nichteigenthümer konstituirt seien, und also von Anfang an keinen Rechtsbestand gehabt hätten. Vgl. Fitting, Rückziehung S. 64 fgg.

c) Wenn umgekehrt der Erwerber in der Zwischenzeit die Sache veräußert oder mit Servituten u. s. w. belastet, so müßte, wenn man eine Rückziehung annehmen dürfte, gesagt werden, daß im Moment der erfüllten Bedingung alle diese Dispositionen rückwärts als vollkommen rechtsbeständig anerkannt werden müßten, denn es sei ja jetzt gewiß geworden, daß sie vom wahren Eigenthümer gemacht seien. In Wahrheit aber müssen wir sagen, daß solche Dispositionen immer, auch wenn nachher die Bedingung eingetreten ist, als von einem Nichteigenthümer ausgegangen angesehen werden müssen, vgl. l. 11. §. 9. de donat. inter v. et u. (24, 1), und dieselben also auch nur unter denselben Voraussetzungen und mit denselben Wirkungen konvaleszieren können, wie in andren Fällen, in denen ein Nichteigenthümer dgl. Verfügungen getroffen hat.

d) Wenn derjenige, welchem unter einer Bedingung tradirt wurde, zwar im Augenblick der Tradition noch alieni juris war, zur Zeit der erfüllten Bedingung aber sui juris geworden ist, so müßte nach klassischem Rechte, wenn eine wahre Rückziehung Statt fände, das Eigenthum dem Gewalthaber zufallen, denn es zeigte sich ja jetzt nur, daß schon gleich von Anfang an der Eigenthumserwerb vor sich gegangen sei, s. oben S. 142. In Wahrheit aber verhält es sich hier

anders, indem das Eigenthum vielmehr dem Emanzipirten selbst erworben wird, l. 11. §. 2 sqq. de donat. inter v. et u. (24, 1).

e) Wie verhält es sich, wenn der Tradent während schwebender Bedingung verstirbt? Nimmt man eine Rückziehung an, so versteht es sich ganz von selbst, daß der inzwischen erfolgte Tod kein Hinderniß der Erwerbung sein kann, wie dies ja auch im Fall eines bedingten obligatorischen Geschäfts ganz unzweifelhaft feststeht (S. 143). Aus l. 9. §. 1. de jure dot. (23, 3):

> *Ulpian.* „Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant? Et vereor, ne non possint in dominio ejus effici, cui datae sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo, qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum, et quum sequitur conditio nuptiarum, jam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est. Sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei, quod defunctus fecit, aut si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ipso jure ad maritum transferri, ne mulier maneat indotata"

erhellt nun aber, daß Ulpian in einem solchen Falle der Regel nach keinen Eigenthums-Uebergang zulassen wollte, und daraus muß wohl mit Sicherheit gefolgert werden, daß er auch keine Rückziehung der Bedingung bei Eigenthums-Uebertragungen anerkannte. In Betreff des ersten Punkts war freilich Julian andrer Meinung, vgl. l. 2. §. 5. de donat. 39, 5).

> *Julian.* „Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione, ea tamen conditione, ut tunc demum mea fieret, quum Sejus Consul factus esset, sive furente eo *sive mortuo* Sejus consulatum adeptus fuerit, mea fiet";

aber auch diese Ansicht läßt sich mit gutem Grunde aus der Personen-Einheit des Erblassers und des Erben konstruiren, ohne daß man deßhalb eine Rückziehung der Bedingung zu Hilfe ziehen müßte, und wirklich deutet wohl der Ausdruck mea *fiet* bestimmt genug an, daß auch Julian nur einen Eigenthums-Erwerb ex nunc, aber nicht ex tunc annimmt. Für das Justinianische Recht muß wohl unzweifelhaft die Ansicht Julian's als entscheidend angenommen werden, nicht nur, weil in der That das wahre Wesen der Universal-Succession mit Konsequenz zu ihr hinführt, sondern auch schon aus dem äußeren Grunde, weil die abweichende Ansicht Ulpian's nur in der Gestalt eines Zweifelgrundes angeführt wird, und die Entscheidung selbst ganz mit Julian's Ausspruch übereinstimmt. Vielfache, m. E. ungenügende Vereinigungs-Versuche s. bei Savigny in der gesch. Zeitschrift IV. S. 51 fgg. (auch in verm. Schriften I. S. 369 fgg.) System IV. S. 154 fgg. Not. 7, Sell a. a. O. S. 117 fgg., Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung S. 18, *Pellat,* textes sur la dot. Par. 1853. p. 81 sqq., Strempel, über die justa causa. S. 69 fgg.

3) Wenn einem Geschäfte, wodurch ein jus in re aliena konstituirt werden soll, eine Bedingung beigefügt ist, so muß wohl unzweifelhaft bei dem Pfandvertrag dieselbe Regel gelten wie bei Verträgen überhaupt, d. h. es muß die erfüllte Bedingung retrahirt, und in Folge davon das Pfandrecht schon vom

Augenblick des Vertrags an als vorhanden angenommen, und also auch von da an datirt werden, l. 9. §. 1, l. 11. §. 1. qui potior. in pign. (20, 4). Dagegen bei den übrigen binglichen Rechten entscheiden dieselben Grundsätze, wie bei Eigenthums-Uebertragungen, und eine unter einer Bedingung konstituirte Servitut oder Emphyteuse entsteht immer erst im Augenblicke der erfüllten Bedingung, ohne daß man eine Rückziehung annehmen dürfte.

4) Bei bedingten Vermächtnissen findet niemals eine Rückziehung der erfüllten Bedingung Statt, vgl. Bd. II. §. 436.

III. Entscheidet es sich, daß die Bedingung nicht eintritt (conditio deficiens) so wird es nun so angesehen, als wenn gar kein Rechtsverhältniß eingegangen gewesen wäre. War also die Sache pendente conditione schon übertragen, so wird dieselbe jetzt von dem bedingt Verpflichteten vindizirt, und auch alle von dem bedingt Berechtigten in der Zwischenzeit gezogenen Früchte müssen an den Promittenten zurückgegeben werden, l. 37. de contr. emt. (18, 1), l. 8. pr. de per. et comm., l. 21. fim. de solut.

b) Wirkungen der Resolutiv-Bedingung. §. 96.

Anm. Die Grundsätze über die Wirkungen der Resolutiv-Bedingung ergeben sich aus dem Bisherigen von selbst, wenn man nur den, besonders von Thibaut, ziv. Abh. Nr. XVII. 1. hervorgehobenen Satz im Auge behält, daß die Wirkungen, welche die Susp. Bedingung in Betreff des Hauptgeschäfts äußert, auch von der Resol. Bedingung in Betreff des auf die Auflösung sich beziehenden Nebengeschäfts hervorgebracht werden; vgl. über das Einzelne die ausführlichen Darstellungen von Sell a. a. O. S. 181 fgg. Nur die eine Frage bedarf noch einer genaueren Untersuchung, ob bei einer Eigenthums-Uebertragung unter einer Resol. Bedingung nach dem Eintritt der Bedingung das Eigenthum ipso jure zurückfalle, oder ob nur eine Verbindlichkeit ad rem restituendam entstehe? Die herrschende Lehre, obwohl es auch Dissentienten gab, nahm von jeher das Erstre, und zwar in der Art an, daß alle von dem interimistischen Eigenthümer konstituirten dinglichen Rechte von selbst zusammenfallen, und der Rückerwerber die Sache von jedem dritten Besitzer mit der Vindikation abholen könne. Diese Ansicht wurde in neuerer Zeit auch besonders wieder von Thibaut, zivil. Abh. S. 366 fgg. vertheidigt, dessen Ausführungen auch namentlich Zimmern im ziv. Archiv V. S. 251 fgg. und Fritz, das. VIII. S. 286 fgg. beitraten, nur daß diese noch insbesondere die Modifikation hervorhoben, es sei ein Unterschied zu machen, ob der Nebenvertrag auf Vernichtung des ganzen Geschäfts, oder nur auf Rückgabe der Sache gerichtet sei, indem nur im erstren Falle eine Resolutiv-Bedingung mit der vorher bezeichneten Wirkung angenommen werden könne. Dieser ganzen Lehre widersprach aber Riesser auf das Entschiedenste in einer mit Scharfsinn und Gewandheit geschriebenen Abh. in der Gießer Zeitschr. II. S. 1 fgg. S. 270 fgg., und stellte als Grundsatz vielmehr den hin: bei dem Eintritt der Resol. Bedingung erhalte der Rückerwerber nur einen Obligations-Anspruch auf Retradition der Sache; alle dinglichen Rechte und jede Veräußerung

von Seiten des interimistischen Eigenthümer blieben dagegen bestehen, und der Rückerwerber könne sich nur durch Entschädigungsklagen gegen den treulosen ersten Erwerber helfen. Gegen diese Ansicht jedoch, welcher auch Wening, Lehrbuch §. 116. beitrat, erklärte sich sogleich Thibaut in seinen Vorträgen, vgl. Braun's Erörtrungen S. 143 fgg., und nachher auch in einer eignen Abhandlung im civ. Archiv XVI. S. 383 fgg., und ebenso wurde auch in einer andern gleichzeitigen Abhandlung von Müller, civ. Abh. Bd. I. S. 253 fgg. der Ansicht Riesser's widersprochen, vgl. auch Fritz, Erläutrungen zu Wening S. 254 fgg., Sell a. a. O. S. 219 fgg., Savigny S. 154 fgg., K. Sell, dingliche Rechte I. S. 9 fgg., Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 23 fgg. Puchta, Lehrbuch §. 61. Vorl. ad h. l., Arndts, Lehrb. §. 71. u. A. m. In der That muß man wohl auch gestehen, daß die herrschende Meinung das bei Weitem Meiste für sich hat, jedoch freilich mit einer nicht unbedeutenden Modifikation. Von den weit meisten Vertheidigern dieser Ansicht wird nämlich angenommen, daß nach erfüllter Bedingung sich Alles so gestalte, als wenn der Zwischeneigenthümer niemals Eigenthümer geworden wäre, und der Tradent in keinem Augenblick das Eigenthum verloren hätte; es wird also eine eigentliche Rückziehung der Bedingung und folglich für den Erwerber ein s. g. dominium revocabile *ex tunc* (s. u. §. 301 Anm.) statuirt. Diese, auch in den früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs vertheidigte Ansicht halte ich jetzt für unrichtig. Aus demselben Hauptgrunde, aus welchem nach den Erörtrungen am Schluß des vorigen §en, bei einer Eigenthums-Uebertragung unter einer Suspensiv-Bedingung die Rückziehung in Abrede gestellt werden muß — weil nämlich in der conditio auch ein dies enthalten ist, — muß auch bei einer Eigenthums-Übertragung unter einer Resolutiv-Bedingung die Retraktion der Bedingung als unzulässig erscheinen, und man muß demgemäß den Grundsatz aufstellen, daß nach erfüllter Bedingung zwar allerdings das Eigenthum ipso jure an den Tradent en zurückfällt, aber immer erst von jetzt an, so daß also der Erwerber während schwebender Bedingung zwar auch ein wahres dominium revocabile, aber nur ein dominium revocabile *ex nunc* im richtigen Sinne dieses Worts (vgl. §. 301) hat. vgl. bes. Fitting in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht II. S. 255 fgg. Man bemerke:

1) Riesser's allgemeine Gründe gehen im Wesentlichen darauf hinaus: wenn einem, das Eigenthum übertragenden, Geschäfte eine Resolutiv-Bedingung zugefügt sei, so könne dies nichts Anderes heißen, als: das Eigenthum ist sofort auf den Promissar übergegangen, es soll aber dasselbe, wenn die Bedingung eintritt, an den Promittenten zurückkehren. Wollte man nun annehmen, diese Rückkehr geschehe von selbst ohne Vermittlung der Retradition, ja sogar in der Weise, daß es anzusehen sei, als ob der Promittent nie aufgehört habe, Eigenthümer zu sein, so sei dies eine offenbare Fiktion, welche nothwendig streng aus den Gesetzen zu erweisen sei, die aber von vorne herein als sehr unwahrscheinlich erscheinen müsse, da dieselbe in offenbarem Widerspruch mit dem bekannten Prinzip des römischen Rechts stehe, daß Eigenthum nicht durch blosen Vertrag, sondern nur durch Tradition erworben, und also auch zurückerworben werden könne. Nach der gemeinen Ansicht über Res. Bed. solle ja aber durch den blosen, einem Hauptvertrage beigefügten Nebenvertrag Erwerbung des Eigenthums

erwirkt werden. — So scheinbar auch diese Argumentation ist, so hat doch Riesser dabei offenbar einen Hauptpunkt übersehen, wie besonders Müller a. a. O. treffend bemerkt hat. Wenn man auch nothwendig zugeben muß, daß durch einen Vertrag allein Eigenthum nicht erworben, und auch nicht zurückerworben werden kann, woraus namentlich hervorgeht, daß, wenn ich das Eigenthum meiner Sache unbedingt und unbeschränkt auf einen Andern übertragen habe, die Rückerwerbung mir nur vermittelst besondrer Retradition möglich wird; so muß man doch auch auf der andern Seite zugeben, daß durch einen Vertrag, welcher die Tradition begleitet, die Art, wie das Eigenthum übergehen soll, näher bestimmt, und namentlich beschränkt werden kann. Die *justa causa* nämlich ist ein wesentlicher Bestandtheil der Eigenthums-Uebertragung (s. unten die Lehre vom Eigenthum), und daraus geht von selbst hervor, daß das Eigenthum auch nur so übergehen kann, wie es durch diese justa causa, also, wenn dieselbe in einem Vertrage besteht, wie es durch diesen Vertrag bestimmt ist. Anwendungen hiervon kommen z. B. bei der Reservation von Servituten vor, in welchem Falle das Eigenthum nur mit dieser durch das vorausgehende Rechtsgeschäft bestimmten materiellen Beschränkung auf den Erwerber übergeht, und bei der Festsetzung einer Susp.-Bed., wo ungeachtet gleichbaldiger Tradition das Eigenthum nur erst mit erfüllter Bedingung entsteht. Hiermit hängt dann nothwendig zusammen, daß auch der Dauer nach das Eigenthum des Erwerbers durch die justa causa beschränkt werden kann, und daß also, wenn gleich bei der Uebertragung bestimmt ist, er solle es nur eine gewisse Zeitlang haben, er es auch wirklich nur bis dahin haben kann, so daß es in dem bestimmten Moment von selbst von ihm abfällt, und eine Retradition im juristischen Sinne des Worts, nicht allein nicht nöthig, sondern auch nicht einmal möglich ist, indem man das, was man selbst nicht hat, auch nicht auf einen Andern übertragen kann. Muß man aber dies anerkennen, so geht von selbst daraus hervor, daß auch alle die von dem interimistischen Eigenthümer getroffenen Dispositionen über die Sache mit dem bestimmten Zeitpunkte von selbst zusammenfallen, denn natürlich können von demselben nur Rechte konstituirt werden, die der Dauer nach ebenso beschränkt sind, als sein eignes. So konstruirt sich also das s. g. dominium revocabile im Falle einer Resolutiv-Bedingung durchaus konsequent aus der Natur der Verhältnisse und von einer von Riesser behaupteten Fiktion kann nicht die Rede sein. Daß Riesser alles dieses übersah, kommt aber offenbar nur daher, weil er zwei, wesentlich von einander verschiedene Fälle mit einander vermengt. Wenn ich nämlich eine Sache unbedingt und unbeschränkt in das Eigenthum Jemandes übertrage, und mir nur vorbehalte, daß mir dieselbe zu einer bestimmten Zeit oder mit dem Eintritt eines bestimmten Umstand[illegible] wieder zurückgegeben werden solle, so versteht es sich von selbst, daß hier blos eine obligatio des Erwerbers, und überhaupt alle die Grundsätze eintreten, welche Riesser für jede Res. Bed. statuiren will. Aber es ist ganz fehlerhaft, diesen Fall nicht von dem andern zu unterscheiden, wenn das Eigenthum zwar pure, aber der Dauer nach beschränkt übertragen, wenn also der Eigenthums-Uebertragung selbst eine Resol.-Bedingung zugefügt ist. Die Verwechslung dieser beiden Fälle von Seiten Riesser's ist um so einflußreicher für seine ganze Theorie geworden, da er zur

Unterstützung seiner Ansicht hauptsächlich solche Gesetze anführt, die blos den ersten Fall betreffen, und also für unsere Frage ganz irrelevant sind.

2) Wenn schon aus allgemeinen Gründen die herrschende Theorie gar sehr gerechtfertigt wird, so spricht dafür auch eine Reihe sehr bestimmter Gesetze. Die bedeutendsten sind folgende:

a) Ulpian in l. 4. §. 3. de in diem addict. (18, 2): Sed et Marcellus libro V. Dig. scribit: „pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret", womit der Ausspruch desselben Ulpian in l. 3. quib. mod. pign. solvit. (20, 6) zu vergleichen ist: „Si res distracta fuerit sic: nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libr. V. Dig. ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam, ubi sic res distracta est: nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet". — Riesser a. a. O. S. 288 fgg. kann hiergegen seine Theorie nicht anders retten, als daß er in der ersten Stelle gegen alle Handschriften vor desinere ein non einschiebt, ohne daß doch die folgenden Worte, wie Riesser meint, uns zu dieser kühnen Konjektur nöthigen, wenn man nur bedenkt, daß die Beendigung des Pfandrechts dessen frühere Existenz voraussetzt, diese Existenz aber allerdings einen Schluß auf das Eigenthum des Bestellers rechtfertigt (vgl. auch über eine ganz ähnliche Argumentation desselben Marzellus die l. 12. §. 5. de usufr. (7, 1) verb,: nam si fiunt rel.). Was aber die zweite Stelle anbelangt, so ist bei unbefangener Betrachtung nicht zu bezweifeln, daß in ihr ganz derselbe Fall, wie in der erstren, entschieden und auf ein und dieselbe Stelle des Marcellus von Ulpian verwiesen wird. Es ist daher jeden Falls zu mißbilligen, wenn Riesser in dieser zweiten Stelle, um sie mit seiner Theorie in Einklang zu bringen, eine Suspensiv-Bedingung voraussetzt, wozu schon das pignus *finiri* gar nicht paßt, indem vielmehr unter dieser Voraussetzung hätte gesagt werden müssen, es sei nie ein Pfandrecht vorhanden gewesen. Die Worte: nisi intra certum diem rel. scheinen zwar auf eine Suspensiv-Bedingung hinzuweisen: da sie aber doch auch recht gut für eine Resolutiv-Bedingung gebraucht werden können, ja sogar hierfür nach ausdrücklicher Bestimmung vermuthet werden soll (l. 2. §. 4. pro emtore: Si in diem addictio facta sit, id est, *nisi si quis meliorem conditionem attulerit*, perfectam esse emtionem — — Julianus putabat: alii et hanc sub conditione esse contractam; ille non contrahi, sed resolvi dicebat quae sententia vera est), so muß uns doch gewiß dies, und der Ausdruck: pignus *finiri*, und der Zusammenhang mit l. 4. §. 3. cit., wo mit klaren Worten eine Resolutiv-Bedingung vorausgesetzt wird, die Ueberzeugung aufbringen, daß auch in der l. 3. cit. nur von einer solchen die Rede, und also in derselben klar die herrschende Meinung ausgesprochen ist. — Diese Stellen beweisen aber nicht nur gegen Riesser, sondern auch gegen die gewöhnliche Annahme eines dominium revocabile *ex tunc*. Müßte man annehmen, daß das Zwischeneigenthum des Erwerbers rückwärts ganz aufgehoben werde, und der

Tradent auch für die Zwischenzeit als alleiniger Eigenthümer anzusehen sei, so könnte nicht von einem pignori esse *desinere* und von einem pignus *finiri* die Rede sein, sondern es hätte gesagt werden müssen, daß mit dem Eintritt der Bedingung sich herausstelle, es sei nie ein rechtsbeständiges Pfandrecht da gewesen, weil ja ein Nichteigenthümer dasselbe konstituirt habe. Gerade im Gegentheil wird aber in der ersten Stelle recht geflissentlich hervorgehoben, daß der Erwerber in der Zwischenzeit allerdings wahres Eigenthum gehabt habe, und das von ihm konstituirte Pfandrecht bis zum Eintritt der Bedingung vollkommen rechtsbeständig gewesen sei.

b) Ulpian in l. 41. de R. V.: „Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit". Geht man nicht von vorgefaßten Ideen aus, so folgt hieraus unmittelbar, daß sogleich mit dem Eintritt der Res. Bed. das Eigenthum des Käufers aufhöre, und an den Verkäufer zurückfalle. Doch aber will dies seiner Theorie zu Liebe Riesser S. 295 fgg. nicht zugeben; sondern er meint, man müsse hier einen Fall voraussetzen, in welchem der Käufer selbst den Besitz der Sache verloren habe und also in der Lage sei, eine vindicatio anstellen zu müssen. Wenn nun während einer solchen Lage das bessere Gebot komme, so könne ihn der Verkäufer vermittelst der actio venditi zur Zession der vindicatio nöthigen, und diese Zession werde in unserm Falle, wie in manchem andern (vgl. unten die Lehre von Zession der Forderungsrechte) von selbst als geschehen angenommen, so daß also wegen dieser fingirten Zession, nicht aber, weil das Eigenthum ipso jure zurückfalle, dem Käufer die actio in rem abgesprochen werde. Offenbar aber beruht diese, gewiß sehr scharfsinnige Erklärung auf Voraussetzungen, zu denen das Gesetz schlechthin keine Veranlassung gibt, und man kann dieselbe um so weniger billigen, da von einer Zession in demselben auch nicht im Entferntesten die Rede ist, und man auch ohne große Inkonsequenz nicht begreifen kann, wie die so wichtige Eigenthumsklage als ipso jure zedirt angesehen werden solle, da doch die Uebertragung des unbedeutenden interdictum quod vi aut clam eine wirkliche, nöthigen Falls mit der actio venditi zu erzwingende Zession voraussetzt, l. 11. §. 10. quod vi aut clam (43, 24), l. 4. §. 4. de in diem addict. (18, 2). — So klar nun übrigens auch nach dem Bisherigen der Hauptinhalt der l. 41. cit. ist, so bietet dieselbe doch in andrer Rücksicht eine Schwierigkeit dar, indem nämlich in der zweiten Hälfte derselben Ulpian mit dem Anschein, etwas Neues sagen zu wollen (*sed* si cui) doch nur mit etwas andern Worten seinen ersten Ausspruch wiederholt zu haben scheint. Hier mit Thibaut a. a. O. S. 410. Not. 22. wirklich blose Redseligkeit des Juristen annehmen zu wollen, kann offenbar eben so wenig gebilligt werden, als die zwar geistreiche, aber jeden Falls vermessene Conjektur Riesser's S. 301 fgg.; wohl aber erklärt sich die Stelle einfach, wenn man bedenkt, daß entweder schon die blose Existenz des bessern Gebots, oder erst die Annahme desselben von Seiten des Verkäufers, als resolvirender Umstand ausbedungen werden konnte, und das Letztere bei der in diem addictio die Regel bildete, vgl. l. 7. 8. 9. de in diem

addict. Wendet man nämlich dies auf unsere Stelle an, so redet offenbar der erste Theil derselben von dem ersten, der zweite von dem zweiten Falle, vgl. Müller a. a. O. S. 286 Not. —

c) Paulus in l. 9. de aqua et aquae pluv. arc. (39, 3): „Wenn ein Grundstück unter einer in diem addictio verkauft ist, und der Käufer will eine Wassergerechtigkeit auflegen, so muß auch, damit dieselbe Bestand habe, der Verkäufer konsentiren", was offenbar unnöthig wäre, wenn Riesser's Ansicht über Res. Bed. Grund hätte. Doch will Riesser S. 306. auch diese Stelle, um sie mit seiner Meinung in Einklang zu bringen, von einer Susp. Bed. verstehen, was aber nicht angeht, weil bei der addictio in diem für Resol. Bed. präsumirt, und also das Umgekehrte stets hervorgehoben werden muß, während hier ohne weitren Zusatz gesagt ist: in diem addicto praedio. Ueberdies sind die Worte: quia recidere jus solidum ad eum potest mit Riesser's Voraussetzung unvereinbar.

d) L. 8. de lege commissoria (18, 3), l. 4. C. de pact. inter emtor. et venditor. (4, 54), l. 1. C. eod. Aus den beiden ersten Stellen geht mit Evidenz hervor, daß, wenn ein Verkauf unter der lex commissoria abgeschlossen, und dem Verkäufer das pretium nicht zur bestimmten Zeit bezahlt ist, demselben die *vindicatio* zustehe. Freilich nimmt auch hier wieder Riesser eine Suspensiv-Bedingung an, aber offenbar mit Unrecht, indem bei der lex comm. stets eine Resolutiv-Bedingung zu präsumiren ist, wie nicht nur Ulpian in l. 1. de lege comm. ausdrücklich sagt, sondern auch alle gesetzlichen Beispiele beweisen, Glück XVI. S. 271 fgg. Namentlich aber widerstreiten in der l. 8. cit. die Worte des Vertrags: ut arrham perderet, et *inemtae villae essent*, der Annahme einer Suspensiv-Bedingung entscheidend. — Was aber die l. 1. C. cit. betrifft, so heißt es da: es solle der Vertrag: ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emtor arrham perderet et *dominium ad venditorem pertineret*, vollkommen gehalten werden, woraus doch offenbar hervorgeht, daß das Eigenthum mit dem Augenblick der erfüllten Bedingung von selbst an den Verkäufer fallen müsse.

e) L. 29. de mort. causa donat. (39, 6), wo Ulpian dem Schenker, wenn die beigefügte Resol. Bed. eintrete, mit klaren Worten eine vindicatio zugesteht, was zwar Riesser als eine bei der Schenkung Todes halber eintretende Singularität betrachtet, aber nach der bisherigen Ausführung gewiß mit Unrecht.

f) Endlich verdient auch noch l. 13. pr. de pignor. act. (13, 7) angeführt zu werden, wo folgender Fall entschieden wird: ein Pfandgläubiger verkauft die verpfändete Sache mit der Nebenbestimmung, daß der Schuldner die Sache wieder zu sich nehmen könne, wenn er dem Käufer den Kaufpreis ersetze. Hier soll der Schuldner gegen den Käufer eine *vindicatio* anstellen dürfen. — Die einzig natürliche Erklärung ist die, daß hier der Gläubiger im Namen des Schuldners eine Veräußerung mit zugefügter Resol. Bed. abgeschlossen habe, und unmöglich kann man der Meinung Riesser's beitreten, welcher hier gar keine Veräußerung der verpfändeten Sache, sondern nur eine Zession des Pfandrechts subintellegirt, wornach also freilich der Schuldner sein Eigenthum nie verloren

hätte. Dies ist schon darum unthunlich, weil der Schuldner nicht die Pfandschuld, sondern den Kaufpreis erlegen muß, um die Vindikation gebrauchen zu dürfen.

3) Die durch die Natur der Sache und eine Reihe einzelner Gesetze hinlänglich gerechtfertigte Meinung wird auch nicht durch die Gesetze erschüttert, welche Riesser unmittelbar für seine Theorie anführt:

a) Manche nämlich fallen schon darum hinweg, weil Riesser dabei den wichtigen Unterschied verkannte, welcher zwischen der einer Tradition beigefügten Resolutiv-Bedingung und einem Nebenvertrage Statt findet, vermöge dessen man sich blos eine Rückübertragung vorbehielt, und also das Eigenthum ganz unbeschränkt übertragen hatte. Dies ist namentlich der Fall mit l. 15. de condict. c. d. (12, 4), l. 2. de cond. indeb. (12, 6), l. 12. praescript. verb. (19, 5), l. 3. C. de pact. inter emt. et vendit. (4, 54).

b) In 5 Stellen, welche Riesser für seine Ansicht anführt: l. 4. pr., l. 5. de lege comm. (18, 3), vgl. mit l. 6. §. 1. de contrah. emt. (18, 1) — l. 4. §. 4, l. 16. de in diem addict. (18, 2), ist der Satz ausgesprochen, daß, wenn ein Verkauf mit der Nebenbestimmung der addictio in diem oder der lex commissoria abgeschlossen sei, der Verkäufer, wenn die Resolutiv-Bedingung eingetreten sei, die *actio venditi* auf Herausgabe der Früchte anstellen könne. Offenbar aber verträgt sich dies recht gut mit der bisher vertheidigten Meinung, denn die *vindicatio* in Betreff der Hauptsache selbst wird in keiner dieser Stellen abgesprochen, und in Betreff der Früchte war eine andere Klage, als die vindicatio sogar dringend nöthig, denn nicht nur, daß der Verkäufer die Früchte, welche der Käufer bis zum Eintritt der Resol. Bed. gezogen hatte, gar nicht vindiziren darf, selbst wenn sie noch vorhanden, weil sie in keinem Augenblick in seinem Eigenthum gestanden haben, so wären auch offenbar, hätte man in Betreff der Früchte die Grundsätze der vindicatio anwenden wollen, die allergrößten Härten entstanden, nämlich für den Verkäufer, wenn man den Käufer als bonae fidei possessor, und für den letztern, wenn man ihn als malae fidei poss. hätte behandeln wollen. Durch die Gestattung der Kontraktsklage war hier sehr einfach geholfen.

c) In l. 19. de usurp. (41, 3) wird die Frage aufgeworfen, ob, wenn ein Geschäft unter einer Resolutiv-Bedingung abgeschlossen sei, der Rückerwerber sich den Zwischenbesitz des ersten Erwerbers anrechnen dürfe? Javolen glaubt dies bejahen zu dürfen, quoniam eo genere retroacta venditio esset redhibitioni similis; in qua non dubito tempus ejus, qui redhibuerit, venditori accessurum, quoniam ea venditio proprie dici non potest. — Offenbar folgt aber daraus, daß hier in Beziehung auf accessio die Analogie der actio redhibitoria aufgeführt wird, noch keineswegs, daß dieselbe in allen Beziehungen gelten solle, und namentlich ist ja ein Schluß a majori ad minus nichts Ungebräuchliches. Dieser ist hier nun vorhanden: wenn bei der actio redhib. Accession Statt findet, so findet dieselbe gewiß auch Statt, wenn eine Res. Bed. eintritt, denn in beiden Fällen wird das Kaufgeschäft rückgängig. Daß bei der Res. Bed. noch etwas mehr eintritt, ein alsbaldiger Rückfall des

Eigenthums, kommt bei dieser Argumentation nicht weiter in Betracht, weshalb der Jurist es auch übergeht.

d) Endlich führt Riesser auch noch die l. 7. §. 3. de jure dot. (23, 3) an, wornach die dos praenumerata, welche so konstituirt wurde: ut statim res viri fiant, von der Frau, im Falle es nicht zur Ehe komme, kondizirt werden solle. Hier ist aber gar nicht von einer Res. Bed., also von einem bedungenen Rückfall die Rede, sondern es ist nur die gewöhnliche condictio ob causam datorum der Frau zugestanden.

B. Dies. §. 97.

Savigny, Syst. III. S. 204 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 180 fgg., Mühlenbruch, Komm. XLI. S. 53 fgg., Wächter, Handb. II. S. 727 fgg., *Molitor,* obligat. I. p. 182 sqq., Unger, System II. §. 83. S. 88 fgg., Lenz, zur Lehre vom dies. Tüb. 1858. Vgl. auch Fitting, Rückziehung S. 106 fgg. und in Goldschmidts Zeitschr. II. S. 259 fgg. Anm. 91.

C. Modus. §. 98.

Cod. VI. 45. de his, quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur. — Glück IV. S. 460 fgg., Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. I. Nro. 4, Savigny, Syst. III. S. 226 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 185 fgg.; vgl. Windscheid, die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung. Düsseld. 1850, Erxleben, die condictiones II. §. 14, Unger, System II. §. 84.

1) *Scaevola* l. 80. de condit. et demonstr.: Eas causas, quae protinus agentem repellunt, in fideicommissis non pro conditionalibus observari oportet, eas vero, quae habent moram cum sumtu, admittemus cautione oblata; nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit: *si monumentum fecerit;* et eum, cui datum est: *ut monumentum faciat.*

2) *Dioclet.* et *Maxim.* l. 9. C. de donat. (8, 54): Legem quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto judicio, i. e. praescriptis verbis, apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat. Damit vgl. l. 41. pr. de contrah. emt. (18, 1): si sub conditione facta emtio est, non poterit agi, ut conditio impleatur.

3) *Iidem* l. 8. C. de condict. ob caus. dator.: Dictam legem donationi, si non impossibilem contineat causam, ab eo, qui hanc suscepit, non impletam condictioni facere locum, juris dictat disciplina. Quapropter si titulo liberalitatis res tuas in sponsam conferendo certam dixisti legem, nec huic illa, cum posset, paruit, successores ipsius de repetendis, quae dederas, si hoc tibi placuerit, convenire non prohiberis.

4) *Papinian.* l. 71. pr. de condit. et demonstr.: Titio centum ita, ut fundum emat, legata sunt; non esse cogendum Titium cavere S. Caecilius existimat, quoniam ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio, fratri alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est; atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur, ac postea non alienaretur.

D. Arbitrium eines Dritten. §. 99.

V. Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte.

Savigny, Syst. IV. S. 536 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 215 fgg., Wächter, Handb. II. S. 655 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. IX. S. 232 fgg., Unger, System II. §. 91. S. 140 fgg. — Ueber einen einzelnen, aber wichtigen Punkt gibt gründliche Erörterungen Brandis, über absolute und relative Nichtigkeit, in der Gießer Zeitschr. VII. S. 121 fgg. S. 157 fgg.

A. Von nichtigen und wirkungslosen Geschäften überhaupt. §. 100.

1) *Paul.* l. 85. §. 1. de R. J.: Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt. Cf. l. 3. fin. de his, quae pro non script. hab. (34, 8): nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur und l. 98. pr. de V. O.: — — maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere.

2) Cap. 37. de R. J. in 6to: Utile non debet per inutile vitiari. Cf. l. 1. §. 5. de V. O.: Sed si mihi Pamphilum stipu-

lanti, tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adjectionem pro supervacua habendam esse puto; nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, altera inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem.

3) *Paul.* l. 178. de R. J.: Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

B. Konvalescenz und Konversion. §. 101.

Römer im ziv. Arch. XXXVI. S. 66 fgg.

1) *Paul.* l. 29. de R. J.: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

2) *Ulp.* l. 1. §. 4. de pecunia constit. (13, 5): Eum, qui inutiliter stipulatus est, cum stipulari voluerit, non constitui sibi, dicendum est, de constituta experiri non posse, quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum sit.

VI. Auslegung der Rechtsgeschäfte. §. 102.

1) *Marcian.* l. 96. de R. J.: In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset.

2) *Julian.* l. 12. de reb. dub. (34, 5): Quoties in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur magis valeat quam pereat.

3) *Idem* l. 67. de R. J.: Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est.

4) *Ulp.* l. 66. de judic. (5, 1): Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id, quod utilius ei est, accipiendum est.

5) *Idem* l. 9. de R. J.: Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.

6) *Cels.* l. 99. pr. de V. O.: Quidquid adstringendae obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est; ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere. Nec rursum promissor ferendus est, si ejus intererit, de certis potius vasis forte, aut hominibus actum.

7) *Papinian.* l. 39. de pact. (2, 14): Veteribus placet, pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit, nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.

8) *Paul.* l. 85. pr. de R. J.: In ambiguis pro dotibus respondere melius est.

9) *Idem* l. 179. eod.: In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati.

10) *Marcell.* l. 24. de reb. dub.: Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est. Cf. l. 12. de R. J.: In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur.

11) Cap. 26. X. de sententia et re judic. (2, 27): Duobus judicibus diversas sententias proferentibus, si ex jurisdictione ordinaria processerunt, tenet pro reo, non pro actore sententia, nisi *in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote seu testamento* pro ipso fuerit promulgata.

Paul. l. 25. §. 1. de legat. III.: Cum in verbis nulla ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio.

13) *Justin.* l. 3. C. de liber. praeter. (6, 28) — — verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu exsistat.

14) *Paul.* l. 3. de reb. dub.: In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus; itaque qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur.

Abschnitt III.

Von unerlaubten Handlungen.

I. Im Allgemeinen. §. 103.

II. Insbesondere von der Kulpa.

Donell. comment. jur. civ. lib. XVI. c. 7.

v. Löhr, Theorie der Kulpa. Gießen 1805, und Beiträge zu der Theorie der Kulpa. Gießen und Darmst. 1808. — Ders.

Uebersicht der Lehre von der Kulpa, in seinem Magaz. Bd. IV. (1844) S. 472 fgg.

Schöman, Lehre vom Schadensersatz. Gießen und Wetzlar 1806. Bd. I. und dessen Handb. des Civilr. Bd. I. Abh. 5. und Bd. II. Abh. 10.

Hasse, die Kulpa des röm. Rechts. Kiel 1815, 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg 1838, und ders. in der Zeitschrift für gesch. Rechtw. Bd. IV. Nro. 5.

Elvers, doctr. jur. civ. rom. de culpa prima lineamenta. Gött. 1822.

Kritz, über die Kulpa nach röm. Recht. Leipzig 1823.

van Zoelen, de principiis generalib. quib. usi videntur ICti in constituenda doctr. de doli et culpae praestatione in bon. fid. contractib. Lugd. Bat. 1824. bes. p. 124 sqq.

Zirkler in Weiske's Rechtslex. III. S. 83 fgg.

Mommsen, Beiträge zum Obligat. R. Bd. III. Braunschw. 1855. S. 345 fgg. („Beiträge zur Lehre von der Culpa").

Schaaf, Abhandl. aus dem Pandektenrecht. Heft 1. „Zur Lehre von der Culpa". Heidelberg 1857. Vgl. auch Hänel, Vers. einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadensersatz. §. 11 fgg., Unterholzner, Schuldverh. I. S. 270 fgg., Koch, Recht der Forderungen I. S. 230 fgg., Wening-Ingenheim, Schadensersatz S. 82 fgg., Wächter, Würtemb. Privatr. II. S. 776 fgg., *Molitor*, obligat. I. p. 243 sqq., Unger, System II. §. 101 fgg. S. 233 fgg.

A. Gattungen der culpa.

1) S. g. aquilische und außeraquilische Kulpa — culpa in faciendo und non faciendo. §. 104.

2) Custodia. §. 105.

Anm. Daß die custodia nicht einen besondern Grad, sondern nur eine besondere Richtung der Anspannung bedeute, liegt schon in dem Worte. Wer nämlich die custodia zu prästiren hat, muß jeden der Sache drohenden Schaden abwenden, und zwar nicht blos, wie z. B. Schöman will, den Untergang der Sache, sondern auch die Verschlechterung derselben verhüten, vgl. auch l. 5. §. 22. fin. ut in poss. legator. (36, 4). Inwiefern aber der Kustos für den Diebstahl einzustehen habe, ist sehr bestritten. Namentlich will v. Löhr, Theorie

§. 12. und Beiträge S. 163 fgg., denselben unbedingt wegen jedes heimlichen Diebstahls haften lassen, besonders wegen l. 10. §. 1. commodati (13, 6), l. 52. §. 3. pro soc. (17, 2), l. 12. pr., l. 14. §. 10. 15. 17. de furt. (47, 2), vgl. auch Glück XVII. S. 147 fgg. Vergleicht man aber hiermit l. 27. §. 9. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 35. §. 4. de contrah. emt. (18, 1), l. 13. 14. de peric. et comm. (18, 6), l. 14. §. 6. 12, l. 80. de furt., l. 1. 4. C. de locat. (4, 67) auf der einen und l. 19. commodati (13, 6), l. 31. pr. de act. emti (19, 1), l. 41. locati (19, 2) auf der andern Seite, so stellt sich leicht ersichtlich das verständige Resultat heraus, daß der heimliche Diebstahl zwar zunächst dem Kustos zur Last gelegt wird, weil man von der Voraussetzung ausgeht, derselbe habe ihn durch Wachsamkeit abwenden können, daß demselben aber stets der Beweis seiner Schuldlosigkeit offen gelassen werden muß, während umgekehrt bei dem damnum injuria datum von Seite eines Dritten von vorne herein für den Kustodienten präsumirt werden muß. Vgl. bes. Hasse S. 420 fgg. u. s. auch *v. Zoelen* l. c. p. 140 sqq. Nur, wenn bei einem Geschäfte, welches schon seiner Natur nach die Kustodia erheischt, noch besonders die Prästation derselben versprochen wird, muß man annehmen, der Kustodient habe den Kasus in Betreff des Entfliehens, des Stehlens und des damnum injuria datum übernehmen wollen, vgl. besonders §. 3. J. de emt. (3, 23) (die noch ferner angeführten l. 35. §. 4. de contr. emt. (18, 1), l. 55. pr. locati (19, 2), l. 1. 4. C. eod. (4, 65), gehören wohl kaum hierher), was sich daraus erklärt, daß man bei Verträgen nichts Unnützes annehmen soll. Jedenfalls aber muß man bei dem Inhalte des Gesetzes stehen bleiben, und kann aus dieser Singularität nicht mit Schöman, Handb. I. S. 288 fgg. und II. S. 278 fgg. den allgemeinen Satz ableiten, daß in einem solchen Falle der Kustodient für jeden möglichen casus einstehen müsse. Ueber die ganze Frage vgl. man jedoch noch die skeptische Darstellung von Hasse S. 513 fgg. und Goldschmidt in seiner Zeitschr. für Handelsr. III. S. 106 fgg.

B. Grade der Kulpa.

1) Dolus. §. 106.

(Vgl. Hasse S. 96 fgg.)

2) Culpa lata und culpa levis. §. 107.

Anm. Die früherhin allgemein herrschende Meinung ging dahin, daß die Römer drei Grade der Kulpa unterschieden hätten, zwei Extreme (culpa lata und levissima), und ein in der Mitte Liegendes (culpa levis). Während man nämlich dann, wenn man gar keinen Vortheil aus einem Rechtsgeschäfte habe, mit culpa lata abkomme, müsse man umgekehrt, wenn man allein daraus gewinne, culpa levissima, wenn aber beide Kontrahenten daraus Vortheil zögen, culpa levis prästiren. Hiergegen trat zwar allerdings Donellus a. a. O. auf, aber seine Darstellung fand wenig Eingang, und nur erst seit dem Anfang

dieses Jahrhunderts ist man wieder auf dieselbe aufmerksam geworden, besonders durch Thibaut, der von jeher, sowohl in seinen Vorträgen, als in seinem Pandekten-System die Donellische Theorie vertheidigte. Ihm folgten dann, nachdem besonders durch Löhr und Hasse in den oben genannten Schriften diese Ansicht noch näher begründet worden war, fast alle Neuern, und schon ist aus allen unsern Kompendien die culpa levissima verschwunden. In der That kann man sich hierzu nur Glück wünschen, indem die Theorie der Trichotomisten eben so unnatürlich als ungesetzlich ist. Einige der hauptsächlichsten Punkte möchten folgende sein.

1) Es ist eine gewiß unjuristische Idee, daß man dann, wenn man allein Vortheil habe, z. B. als Kommodatar, Deponens u. dgl. culpa levissima, sonst aber blos culpa levis zu prästiren habe. Hält man es überhaupt für juristisch möglich, eine so hohe Anspannung, wie die Vermeidung der culpa levissima erfordern würde, in gewöhnlichen Lebensverhältnissen zu verlangen, so müßte dies konsequent überall angenommen werden, wenn das Geschäft in unsrem Interesse abgeschlossen wird, einerlei, ob allein in dem unsrigen, oder auch in dem des Mitkontrahenten, vgl. auch l. 17. §. 2. de praescript. verb. (19, 5): si cui inspiciendum dedi *sive ipsius causa, sive utriusque,* et dolum, et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non: *sive vero mei duntaxat causa datum est,* dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

2) Die Gesetze, worauf sich die Trichotomisten besonders stützen, beweisen durchaus keine drei Grade der culpa. Was nämlich:

a) zunächst l. 13. §. 1. de pignor. act. (13, 7): („Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis major non venit.") und l. 19. C. de pignorib. (8, 14) anbelangt, so wird hier allerdings neben dem dolus und der culpa noch die *custodia* erwähnt, aber dies darf nicht auf den Grad der *culpa* bezogen werden, sondern die custodia bezeichnet nur eine besondere Richtung der Anspannung (Anm. zu §. 105).

b) Scheinbarer ist die l. 5. §. 2. commodati (13, 6), wo Ulpian sagt: Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito, nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut et constitutum est, etiam culpa exhibetur), aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur, et ideo verior est Q. Mucii sententia existimantis, *et culpam praestandam et diligentiam.* Hier wird neben der culpa noch die diligentia erwähnt, und zwar in der Art, daß daraus allerdings eine Steigerung hervorzugehen scheint. Dies ist aber doch nicht ganz richtig, indem die Hervorhebung der diligentia hier offenbar nur den

Sinn hat, daß die s. g. diligentia in abstracto (§. 108) prästirt werden müsse, Hasse S. 277 fgg.

c) Eben so wenig kann man sich auch für die drei Grade auf die unendlich oft besprochene (vgl. Glück V. S. 356 fgg., *Schulting*, Not. ad Pand. ad h. l., Hasse S. 296 fgg. und in der geschichtlichen Zeitschrift S. 210 fgg.) l. 23. de R. J. berufen: Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam; dolum tantum depositum et precarium; dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta; in his quidem et diligentiam, societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Auch hier kann ganz gewiß die bei einigen Geschäften noch besonders hervorgehobene diligentia nicht auf die s. g. culpa levissima bezogen werden, sondern bedeutet ebenfalls nur die diligentia in abstracto. Schwierigkeit aber macht deßenungeachtet diese Stelle immer wegen der ausnehmend verworrenen Konstruktion und des höchst ungenauen Ausdrucks, mag man nun die gewöhnlich angenommene Leseart: in his *quidam* et diligentiam, wofür Löhr, Beiträge S. 140 fgg. *quaedam* vorschlägt, befolgen, oder mit Hasse an den anges. Orten in his quidem et diligentia lesen, in welcher Fassung dies eine offenbar unpassende Zwischenbemerkung wäre, die sich blos auf die negotia gesta bezöge, obwohl auch bei mehreren andern angeführten Geschäften ganz dieselbe Bemerkung nothwendig gewesen sein würde. Die einfachste Aushülfe ist gewiß, mit Huschke im Rhein. Museum Bd. VII. S. 74 fgg. eine Transposition der Zeilen anzunehmen und demgemäß so zu lesen: — — — locatum, negotia, in his quidem et diligentia (praestatur); item dotis datio, tutela, societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. In dieser Fassung ist die Stelle in vollkommener Ordnung; die Worte in his quidem rel. beziehen sich nun auf alle vorgenannten Geschäfte, bei denen sämmtlich diligentia in abstracto prästirt wird, und nun werden dann zuletzt die Geschäfte zusammengestellt, bei denen nicht auch die diligentia in diesem Sinne, sondern nur dolus und diligentia in concreto prästirt werden müssen.

d) Daß nach diesen Bemerkungen auch l. 47. §. 5. de legat. I. („Culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus, an non solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam, quae levis est, an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? quod verius est"), nicht für die drei Grade der Kulpa angeführt werden kann, versteht sich von selbst, denn auch hier bedeutet die diligentia eben nur wieder die diligentia in abstracto; und wenn man sich endlich

e) noch vorzüglich auf l. 1. §. 1. si mensor falsum modum (11, 6) beruft, so beruht dies auf einer durchaus irrigen Interpretation dieser Stelle. Ulpian nämlich sagt: Haec actio dolum malum duntaxat exigit; visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis, qui civiliter obligatus non est; proinde, si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit, sed et si negligenter, aeque mensor securus erit; lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba

Edicti; utique enim scit praetor, et mercede eos intervenire. Man geht nun hierbei von der Voraussetzung aus, Ulpian unterscheide zwischen den beiden Fällen, ob der Mensor ein Honorar empfangen oder nicht; im ersteren Falle komme er zwar nicht mit culpa lata ab, brauche aber doch nicht auch omnis culpa zu prästiren, und darum ergebe sich dann von selbst, daß es noch einen mittleren Grad von culpa geben müsse. Jene Voraussetzung ist aber offenbar falsch, indem der Sinn jener Stelle vielmehr umgekehrt der ist: da der Prätor zwischen jenen beiden Fällen nicht unterschieden habe, obschon es ihm bekannt genug gewesen sei, daß bei Mensoren auch Honorare vorkämen, so sei überhaupt keine Unterscheidung zu machen, vgl. auch Hasse S. 314 fgg.

3) Die für drei Grade der Kulpa vorzüglich angeführten Gesetze beweisen also bei genauerer Betrachtung gerade umgekehrt sehr bestimmt, daß im röm. Recht in völliger Uebereinstimmung mit der Natur der Sache, nur zwei Grade anerkannt werden, und dies Resultat wird auch durch andere Gesetze, in denen immer nur zwei Grade unterschieden werden, unterstützt, vgl. z. B. l. 10. §. 1. commodati (13, 6), l. 17. §. 2. de praescr. verb. (19, 5), l. 108. §. 12. de legat. I., l. 22. §. 3. ad Sc. Trebell. (36, 1), l. 20. C. de negot. gest. (2, 19), l. 7. C. arbitr. tut. (5, 51). Insbesondere geht aber auch die Unhaltbarkeit der dreigradigen Theorie daraus hervor, daß die Konsequenzen derselben mit den Gesetzen schlechthin nicht harmoniren, denn so wird z. B. nicht selten bei den Obligationen, in denen jener Theorie nach nur culpa levis zu prästiren ist, *omnis* diligentia verlangt, l. 38. pr. de damno infecto, oder custodia et diligentia (was ja jener Theorie nach gerade die levissima bezeichnen soll), l. 36. de act. emti (19, 1) oder diligentia *diligentissimi* patrisfam., §. 5. J. de locat. (3, 25), l. 26. §. 7. locati (19, 2), oder *exactissima* dilig., §. 1. J. de oblig. quasi ex contr. vgl. mit l. 20. C. de negot. gest. Ebenso werden auch Geschäfte, die jener Theorie nach verschieden beurtheilt werden müssen, z. B. locatio und commodatum in den Gesetzen ganz gleichgestellt, l. 5. §. 15. fin. commod. und in Rechtsverhältnissen, wo culpa levissima von den Trichotomisten verlangt wird, reden unsere Gesetze nicht selten nur von bloser culpa, oder von einer diligentia diligentis patrisfam., denn so wird z. B. um die actio legis Aquilae zu vermeiden, in der einzigen Stelle, in welcher der Ausdruck: culpa levissima vorkommt, in l. 44. pr. ad leg. Aquil. (9, 2) die Vermeidung der culpa levissima verlangt; in l. 31 eod. wird dies aber so umschrieben: cum, quod a *diligenti* provideri poterit, non esset provisum.

Vgl. überhaupt noch außer den schon angeff. Schriften von Löhr und Hasse, Seuffert, Erörtr. I. S. 102 fgg., *v. Zoelen* l. c. p. 206 sqq., Brauns Erörtr. S. 254 fgg.; (Göschen), Grundriß S. 203 fgg., Vorles. §. 393, Puchta, System S. 147 fgg. in der Note, Lehrb. §. 266 und Vorles. ad h. l., Zirkler a. a. O. S. 99 fgg., Schweppe, Handb. I. §. 137. a, Mühlenbruch, Lehrb. II. §. 354, Unterholzner, Schuldverh. I. S. 275 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. II. S. 332 fgg., Wächter a. a. O. S. 783 fg., Arndts Lehrb. §. 86, *Molitor* l. c. p. 255 sqq. u. A. m.

3) S. g. diligentia in abstracto und diligentia in concreto. §. 108.

C) Regeln über Prästation der Kulpa. §. 109.

Brackenhöft, zur Lehre von der Kulpa in Verträgen; in Gießer Zeitschrift. Neue Folge. Bd.XV. S. 389 fgg.

Anm. Während man in bestehenden Vertragsverhältnissen der Regel nach auch schon für blose Kulpa verhaftet ist, gilt außer Kontrakten vielmehr die umgekehrte Regel, daß ein Anspruch auf Schadensersatz nur wegen Dolus begründet ist, wovon nur die eine Ausnahme angenommen zu werden pflegt, daß nur dann die blose culpa hinreiche, wenn die besondren Voraussetzungen der actio legis Aquiliae begründet seien. Doch muß jener Regel auch noch eine zweite Ausnahme zugefügt werden, auf welche neuerlich Richelmann, der Einfluß des Irrthums S. 129 fgg. und vorzüglich Jhering in seinen Jahrbb. IV. S. 1 fgg. aufmerksam gemacht haben. Wenn nämlich Jemand einen Kontrakt abschließt, dieser Kontrakt aber ist aus einem in seiner Person oder seinen Rechtsverhältnissen liegenden Grunde ungiltig, so muß er auch schon im Falle bloser *culpa* dem anderen Kontrahenten allen Schaden ersetzen, welchen dieser durch den Kontrakts=Abschluß erlitten hat. Im Einzelnen bemerke man:

1) Die unmittelbar im Gesetz begründeten Fälle sind die, wenn Jemand eine res extra commercium oder eine gar nicht existirende Erbschaft verkauft hat. Hier ist der Kaufvertrag nichtig, aber der Verkäufer muß dem Käufer allen Schaden ersetzen, l. 62. §. 1. de contr. emt. (18, 1):

> *Modestin.* „Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparaverit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur“;

vgl. §. 5. J. de emt. et vend. (3, 23), l. 8. §. 1. de relig. (11, 7) — l. 8. 9. de hered. vend. (18, 4):

> *Javolen.* „— — si nulla est [hereditas], de qua actum videatur, pretium duntaxat et si quid in eam rem impensum est, emtor a venditore consequatur, l. 9. *(Paul.)* et si quid emtoris interest“.

Es leidet aber wohl keinen begründeten Zweifel, daß dies analog auch auf andre Fälle anzuwenden ist, wie z. B. wenn ein Vertrag wegen wesentlichen Irrthums eines Kontrahenten nichtig, dieser Irrthum aber ein verschuldeter ist, oder wenn ein Kontrakt durch Boten oder Briefe abgeschlossen, derselbe aber wegen falscher Bestellung des Boten oder wegen eines Schreibfehlers nichtig ist, und namentlich gehört hierher auch der neuerlich vielbesprochene (vgl. Reyscher in der Zeitschr. für deutsches R. XIX. S. 271 fgg. S. 456 fgg., Fuchs im ziv. Arch. XLIII. S. 94 fgg., Bekker in sein. Jahrb. IV. S. 169 fgg., Jhering a. a. O. S. 106 fgg.) Fall, wenn dem Vertrage eine dem Willen des Aufgebers, nicht entsprechende telegraphische Depesche zu Grunde liegt. In allen diesen und vielen ähnlichen Fällen (s. Jhering S. 56 fgg.) ist kein rechtsgiltiger Vertrag

vorhanden, und auf Vertrags-Erfüllung kann nicht geklagt werden, aber der Kontrahent, dem hierbei eine Verschuldung vorgeworfen werden kann — und eine solche liegt auch schon in der Wahl eines Mittels, wobei leicht Irrungen vorkommen können — ist dem Andren zum Schadensersatz verpflichtet.

2) Die Klage ist auf Schadensersatz gerichtet, was aber hier begreiflich nicht heißt, daß der Kläger das fordern dürfte, was er hätte, wenn der Vertrag giltig wäre — dies wäre ja in Wahrheit eine Klage auf Erfüllung —, sondern vielmehr, daß er nur das fordern darf, was er hätte, wenn der Vertrag gar nicht abgeschlossen wäre (das von Ihering s. g. negative Vertrags-Interesse), vgl. l. 62. §. 1 cit. „ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur", §. 5 J. cit. „ut consequatur, quod sua interest, eum deceptum non esse"; vgl. Ihering a. a. O. S. 15 fgg. u. s. auch Mommsen, Beiträge zum Obl. Recht I. S. 107, Goldschmidt, der Lucca-Pistoja-Aktienstreit S. 85 fg. und Nachtrag zu dem Lucca-Pist.-Aktienstr. S. 24 fgg.

3) Die Klage, womit der Schadensersatz gefordert wird, ist die Kontraktsklage, l. 62. §. 1 cit. „*ex emto* adversus venditorem experietur", §. 5. J. cit. „habebit *ex emto actionem*", und sie geht also auch gegen die Erben, l. 8 §. 1 cit. „quae actio et in heredem competit, cum quasi ex emto actionem contineat". Der den Bedürfnissen des praktischen Lebens vollkommen entsprechende Gedanke des röm. Rechts ist dabei der, daß derjenige, welcher einen Vertrag mit einem Andren abschließt, auch schon bei dem Kontrahiren selbst die kontraktmäßige diligentia zu prästiren hat, und der von Ihering vorgeschlagene Name „culpa in contrahendo" erscheint demnach als völlig zutreffend.

D) Vom Beweis der culpa. §. 110.

Fünftes Kapitel.

Von den Rechten.

I. Begriff des Rechts (im subjektiven Sinn). §. 111.

II. Verschiedene Arten der Rechte.

A. Im Allgemeinen. §. 112.

B. Insbesondere:

1) s. g. dingliche und persönliche Rechte. §. 113.

Anm. Ueber die Eintheilung der Rechte in dingliche und persönliche, und die damit zusammenhängende Eintheilung der Klagen in actiones in rem und in personam herrschen sehr verschiedene Ansichten. Vorzüglich kommen folgende in Betracht:

1) Thibaut, de genuina jur. pers. et rer. indole. Kiel 1796, und in den Versuchen Bd. II. Abh. 2, womit auch dessen System §. 62 und 63. und Braun's Erörtr. S. 69 fgg. zu vergleichen sind, geht von der Begriffsbestimmung der actio in rem aus. Wo die römischen Juristen sagten, es sei etwas in rem oder in personam, da habe dies den technischen Sinn, daß sie Alles, was absolut wirke oder Statt finde, *in rem*, alles Beschränkte aber *in personam* nennten, z. B. privilegia, exceptiones, pacta in rem und in personam. Eben dies sei nun auch bei dem Gegensatz von actio in rem und in personam der Fall, und man müsse also unter der erstren diejenige Klage verstehen, die Jemand schlechthin wegen seines Rechts, und ohne Rücksicht auf besondere Verpflichtungsgründe des Verklagten gegen Jeden anstellen könne, welcher sich Angriffe gegen dasselbe erlaube. Daß dieses der wahre Begriff dieser Klage sei, gehe insbesondere noch daraus hervor, daß die actiones praejudiciales wegen des status, die doch durchaus keine Sachen zum Gegenstand hätten, von den Römern zu den actiones in rem gerechnet würden, §. 13. J. de actionib. (4, 6):

Praejudiciales actiones in rem esse videntur; vgl. l. 12. pr. ad exhib. (10, 4), l. 40. §. 1. de test. mil. (29, 1), l. 32. de liberali causa (40, 12) (in welchen Stellen die Präjudizial-Klagen *vindicationes* genannt würden). Nennte man nun mit den Glossatoren jedes Recht, welches eine actio in rem erzeuge, jus in re oder dingliches Recht, so gehörten dahin außer den Sachenrechten, noch die väterliche Gewalt, und die status libertatis, civitatis und familiae.

Man muß sich aber nothwendig gegen diese Theorie erklären. Aus jenem römischen Sprachgebrauch folgt nämlich durchaus nicht, daß derselbe nothwendig auch in unsrer Lehre angewendet worden sei, da die Ausdrücke in rem und in personam auch eben so häufig in dem vulgären Sinn vorkommen, wornach sie sich auf Sachen und Personen beziehen, und daß gerade dieses Letztere bei der Eintheilung der Klagen der Fall sei, dafür läßt sich schon der in den Basiliken herrschende Sprachgebrauch anführen. Denn, wo der Ausdruck in rem so viel wie allgemein oder absolut bedeutet, wird *γενικος* dafür angewendet, die actio in rem wird aber immer durch *ἀγωγη περι πραγματος, ἐπι τῳ πραγματι* u. dgl. übersetzt. Eben dahin führen auch die Stellen unsres Rechtsbuchs, wo zur Bezeichnung des Begriffs einer actio in rem gesagt wird: actio, qua res postulatur, quae rerum gratia movetur, a. de rebus, a. in ipsas res, a. quae rem sequitur, vgl. l. 3, l. 6. §. 1. C. de praescript. XXX. annor. (7, 39), l. 2. C. si unus ex plurib. hered. (8, 32), l. 22. §. 4. famil. hercisc. (10, 2), l. 35. fin. de donat. inter vir et uxor. (24, 1). Gewiß entscheidend gegen die Thibaut'sche Meinung sind aber die Stellen, in denen die actio in rem definirt, und wo das Wesen derselben immer nur darein gesetzt wird, daß der Kläger ein Recht an einer Sache in Anspruch nehme, l. 25. de O. et A., §. 3. J de actionib. (4, 6), vgl. *Gai.* IV. 5. 51. 86. 87. 91. Ganz falsch ist es endlich, daß die Präjudizialklagen zu den actiones in rem gerechnet würden. Dieselben gehören vielmehr zu keiner der beiden Arten, indem sich die ganze Eintheilung der actiones in rem und in personam offenbar nur auf die actiones in einem engern Sinn, nämlich die mit einer condemnatio verbundenen Klagen bezieht, vgl. l. 35. §. 2. de procuratorib. (3, 3), l. 37. de O. et A. (44, 7). Man nehme nur auch z. B. das Präjudizium, quanti dos sit u. dgl., und man wird leicht einsehen, daß es nicht zu den actiones in rem gezählt werden kann. Der Ausspruch in §. 13. J. cit. beweis't offenbar nichts für das Gegentheil, und um die von Thibaut für sich angeführten Pandekten-Stellen zu verstehen, muß man sich nur erinnern, daß nicht jede Klage in Betreff des status zu den Präjudizien gehörte, sondern daß namentlich für die Freiheit eine wahre vindicatio Statt fand, was sich leicht aus der Ansicht der Römer erklärt, der Freie habe sich selbst im Eigenthum. In jenen Stellen ist nun aber blos von dieser vindicatio, nicht von einer actio praejudicialis die Rede.

2) Duroi geht in seiner, durch eine Menge trefflicher Bemerkungen sehr schätzbaren Abhandlung: Bemerkungen über actio in rem und in personam, jus in re und obligatio; im zivil. Archiv VI. S. 252 fgg. und S. 386 fgg. ebenfalls von der Grundansicht aus, daß sich kein durch innere Merkmale

bestimmter Begriff von dinglichem Rechte geben lasse, sondern man müsse nothwendig die Fälle, in denen im römischen Rechte eine actio in rem gegeben sei, historisch zerlegen. Diese actio in rem sei aber nicht, wie man gewöhnlich annehme, ein Gattungsbegriff, sondern vielmehr nur eine bestimmte einzelne Klage, nämlich die Klage über das Eigenthum an einer res corporalis, cf. l. 25. de O. et A., und die anderen vorher angegebenen Stellen. Diese sei aber in mehrfacher Weise als actio utilis ausgedehnt worden, nämlich a) als Klage aus einem Eigenthum an res incorporales und zwar sowohl an jura, d. h. Servituten, als an der hereditas. b) Es sei auch Personen die Eigenthumsklage gegeben worden, die kein dominium hätten, und zwar die Eigenthumsklage in eignem Namen; dahin gehöre die actio Publiciana, die actio in rem des Superfiziar und Emphyteuta, und einige andere spezielle Fälle. c) Es sei endlich Personen, die kein Eigenthum hätten, eine Eigenthumsklage aus fremdem Eigenthum gegeben, und dahin gehöre vorzugsweise die actio in rem hypothecaria. — Wollte man nun diese hierbei vorkommenden Rechtsverhältnisse dingliche Rechte nennen, so lasse sich dagegen nichts einwenden, nur dürfe man nicht glauben, daß sie sich auf irgend eine Weise näher bestimmen ließen, als dadurch, daß bei ihnen allen die Eigenthums-Klage vorkomme, freilich auf sehr verschiedene Weise, indem bald aus einem Eigenthum an res corporales, bald aus einem Eigenthum an res incorporales, bald aus fingirtem und bald aus fremdem Eigenthum geklagt werde.

Wie aber Thibaut's Begriffsbestimmung der actio in rem zu weit ist, so ist Duroi's Begriff gewiß zu beschränkt, denn die Behauptung, daß dies gar nicht eine Gattung von Klagen, sondern nur eine einzelne Klage sei, scheitert wohl schon an dem sehr oft in unsern Quellen vorkommenden Gegensatz zwischen actio in rem und in personam, dann aber auch an Begriffsbestimmungen, wo die actio in rem nicht blos auf das Eigenthum an einer res corporalis beschränkt wird, vgl. §. 3. J. de actionib. Vorzugsweise aber spricht dagegen, daß für die Eigenthumsklage noch ein besondrer technischer Name vorkommt, nämlich *rei vindicatio*, was zwar Duroi leugnet, a. a. O. S. 256 fgg., aber gewiß mit Unrecht, denn es kann diese Terminologie allein schon bewiesen werden durch die Titelüberschriften in den Pandekten und im Codex, cf. tit. Dig. et Cod. de rei vindicatione (6, 1) (3, 32), womit aber auch noch viele andre Stellen verbunden werden können, z. B. §. 3. J. de emt. et vend. (3, 24), §. 19. J. de oblig. quae ex del. (4, 1), l. 7. de R. V., l. 7. §. 8. de Publ. act. (6, 2), l. 2. de tigno juncto (47, 3), l. 1. fin. regund. (10, 1), l. 1. §. 17. si is, qui test. lib. (47, 4), l. 35. §. 4. de contrah. emt. (18, 1), l. 8. C. depositi (4, 34), l. 10. C. de rescind. vendit. (4, 44), l. 3. 4. C. de pact. inter emt. et vend. (4, 54), l. 12. C. de furt. (6, 2), Puchta im Rhein. Mus. I. S. 296 fgg., Büchel, über jura in re und deren Verpfändung S. 11. Note. — Insbesondere muß auch endlich noch gegen Duroi geltend gemacht werden, daß er seinen speziellen Begriff von actio in rem nur durch sehr gezwungene Annahmen in Betreff der einzelnen dinglichen Rechte retten kann, was aber passender bei diesen Rechten selbst auszuführen ist.

3) Faßt man die Quellen unbefangen auf, so möchten sich folgende Resultate ergeben: Die Römer bezeichnen die actio in personam als eine Klage, die sich

auf ein dare vel facere oportere gründet, *Gai.* IV, §. 2. 3. 5, §. 1. 15. J. de actionib., und die obligatio wird uns charakterisirt als eine Pflicht ad dandum aliquid vel faciendum, *Gai.* II. §. 38. 39, pr. J. de oblig. l. 3. pr. de O. et A. Daß also die erstre eine Klage auf Realisirung der letztren ist, und die obligatio der actio in personam vollkommen entspricht, darf nicht bezweifelt werden. Es besteht aber das Wesen der obligatio darin, daß es ein Rechtsverhältniß zwischen zwei bestimmten Personen ist, vermöge dessen die eine der andern zu einer bestimmten Handlung verpflichtet ist. — Hieraus möchte aber mit Nothwendigkeit folgen, daß der actio in rem ebenfalls eine bestimmte Klasse von Rechten entspreche, und wenn sich hierfür im römischen Rechte auch kein eigner substantivischer Gattungsname findet (vgl. jedoch l. 19. pr. de damno infecto (39, 2), l. 30. de noxalib. actionib. (9, 4), l. 71. §. 5. de legat. I., l. 20. de legat. III., l. 8. §. 1. C. de praescript. XXX. annor. (7, 39), so ist es doch gewiß kein Unrecht, dieselben mit dem recht passenden Namen: dingliche Rechte oder *jura in rem* zu bezeichnen, wo man dann zum Zwecke schärferer Gegenübersetzung die obligationes nicht unpassend persönliche Rechte, oder *jura in personam,* oder auch wohl *jura ad rem* genannt hat. (Die Veranlassung zu dieser Terminologie liegt in cap. 8. de concess. praeb. in 6to (3, 7): — in quibus jus non esset quaesitum *in re,* licet *ad rem.* Cf. cap. 40. de praebend. et dignitat. in 6to (3, 4), cap. un. Clem. de sequestr. poss. (2, 6), cap. 1. Extrav. Joh. XXII. de concess. praeb. IV.). Das Wesen dieser, der actio in rem entsprechenden Klasse von Rechten besteht aber darin, daß es auf besondren Rechtsgründen beruhende Befugnisse sind, unmittelbar mit bestimmten Sachen Handlungen vornehmen zu dürfen. Eine genauere Entwicklung dieses Begriffs führt zu folgenden Sätzen:

a) Jedes dingliche Recht besteht wesentlich darin, daß der Berechtigte unmittelbar selbst Handlungen vorzunehmen befugt ist, während das Charakteristische der obligatio darein gesetzt werden muß, daß der Berechtigte von einem Andren eine Handlung verlangen kann; woraus von selbst hervorgeht, daß das letztere nothwendig ein besondres Verhältniß zwischen bestimmten Personen voraussetzt, während das dingliche Recht völlig unabhängig von andren Personen existirt. Damit steht nicht im Widerspruch, daß auch bei dem Obligationen-Recht der Berechtigte zur Vornahme eigner Handlungen befugt sein kann, wie ja z. B. der Pächter die Früchte der gepachteten Sache ziehen darf u. dgl., aber es ist dies dann doch nicht der unmittelbare Gegenstand seines Rechts, sondern dieses besteht vielmehr darin, daß ihm eine bestimmte andere Person, der Verpachter, den Fruchtgenuß der Sache einräumen, und bestimmte Zeit hindurch lassen muß, und erst in Folge dieser fortdauernden Einräumung wird ihm die eigne Fruchtziehung rechtlich möglich. Wenn also z. B. der Verpachter das Grundstück verkauft, und sich dadurch die fernere Einräumung unmöglich macht, so wird damit nothwendig die Befugniß des Pachters aufgehoben, und nur Entschädigungs-Ansprüche gegen den wortbrüchigen Verpachter können noch Statt finden („Kauf bricht Miethe"). Ganz anders stellt sich dagegen das Verhältniß bei dem dinglichen Rechte heraus. Ist dies einmal konstituirt, so steht nun der Berechtigte in keinem weitern Nexus

mit dem Konzedenten, sondern er hat das selbstständige Recht gewonnen, die ihm verstatteten Handlungen vorzunehmen, woraus es sich von selbst erklärt, daß z. B. das dingliche Recht des Usufruktuar durch eine Veräußerung der Sache von Seiten des Eigenthümers nicht im Mindesten affizirt wird.

b) Zum Begriff des dinglichen Rechts wird aber auch noch wesentlich erfordert, daß die Befugniß zu eignen Handlungen auf einem besondren Rechtsgrunde beruhe, und nicht blos aus der allgemeinen Rechtssubjektivität hervorgehe. So kann also z. B. das Recht auf Benutzung einer res communis oder res publica u. dgl. niemals zu den dinglichen Rechten gezählt werden. Damit hängt zusammen, daß das dingliche Recht regelmäßig ein ausschließliches ist, so daß es jedem Andren verboten ist, die in der Befugniß des dinglich Berechtigten liegende Handlung vorzunehmen.

c) Es setzt aber auch der Begriff des dinglichen Rechts voraus, daß die Handlungen, deren Vornahme unmittelbarer Gegenstand dieses Rechts ist, sich auf Sachen beziehen, und so können also z. B. die aus der väterlichen Gewalt, der Ehe u. dgl. hervorgehenden Rechte nicht als dingliche angesehen werden.

d) Die, dem dinglichen Rechte korrespondirende Verbindlichkeit, die nur eine Folge des Rechts ist, aber nicht das Wesen desselben ausmacht, liegt nicht einer bestimmten Person ob, sondern allen Uebrigen außer dem Berechtigten, und kann niemals in positiven Handlungen bestehen. Dagegen besteht das Obligationen-Recht eben nur in der Verbindlichkeit des Andern, und diese Verbindlichkeit, die regelmäßig gerade zur Vornahme positiver Handlungen nöthigt, liegt nur der bestimmten Person ob, in welcher das obligirende Faktum eingetreten ist.

Daß diese Grundverschiedenheiten zwischen dinglichen und persönlichen Rechten — in welcher Eintheilung man nur nicht eine erschöpfende Klassifikation aller Rechte erblicken darf, denn es gibt, wie schon unmittelbar aus den obigen Erörtrungen hervorgeht, viele Rechte, die weder dingliche, noch persönliche sind — daß, sage ich, diese Verschiedenheiten ganz verschiedene Grundsätze über Erwerb, Verlust u. s. w. zur Folge haben müssen, leuchtet von selbst ein. Namentlich muß auch aus dieser Verschiedenheit der Rechte die große Verschiedenheit der daraus hervorgehenden Rechtsmittel, der dinglichen und persönlichen Klagen, abgeleitet werden, und der umgekehrte Weg, den, freilich in sehr verschiedener Weise, Thibaut und Duroi einschlagen, indem sie von den Klagen ausgehen, und darnach dann die Rechte bestimmen, erscheint mir, ganz abgesehen davon, daß ihre Ansichten über actio in rem unhaltbar sind, als durchaus unstatthaft.

Welche Rechte nun aber dingliche, welche persönliche seien, läßt sich, ungeachtet der angegebenen wesentlichen Verschiedenheiten, nicht a priori konstruiren, sondern muß durch positives Gesetz bestimmt werden, und so ist es z. B. zufällig, daß nach römischem Rechte das Mieth-Verhältniß nur ein Obligations-Verhältniß begründet, indem die Entstehung eines dinglichen Rechts für den Miether eben so leicht denkbar wäre. Nach römischem Rechte müssen folgende dingliche Rechte angenommen werden: 1) Eigenthum, als die Befugniß, alle beliebigen Handlungen mit einer bestimmten Sache vornehmen zu können; 2) Freiheit, welche sich nach den Ansichten der Römer als eine Art des Eigenthumsrechts charakterisirt, dessen Objekt der eigne Körper des Berechtigten ist, vgl. meine Abhandlung über

die Latini Juniani S. 65 fgg.; 3) Erbrecht, wobei man sich nur hüten muß, an das jus succedendi zu denken, vielmehr ist hier darunter das Recht zu verstehen, welches für Jemanden nach gemachtem Erbschafts-Erwerb an dem universum jus defuncti erwächst, und welches mit einer sehr eigenthümlichen dinglichen Klage, der hereditatis petitio, verknüpft ist; 4) die, so zu sagen, materiell dinglichen Rechte an fremder Sache, nämlich Servituten, Emphyteusis und Superfizies; und endlich 5) das Pfandrecht, welches zwar, richtiger Ansicht nach, ebenfalls ein dingliches Recht ist, aber sich doch in Folge seiner Grundbedeutung als *obligatio rei* charakteristisch von allen übrigen dinglichen Rechten unterscheidet, und in nahe Verwandtschaft mit dem Obligationen-Recht tritt.

2) Privilegien.

Wasmuth, de privilegiorum natura generatim, et in specie de modis, quib. finiuntur vel amittuntur. Gött. 1787; Hufeland, Handbuch. Bd. I. S. 209 fgg., Schläyer in der Gießer Zeitschr. N. F. XII. S. 58 fgg.

a) Begriff und Arten. §. 114.

b) Entstehung und Wirkung. §. 115.

c) Erlöschung. §. 116.

Anm. Ueber die Erlöschung der Privilegien durch Nichtgebrauch finden sich in unsern Quellen nur drei Aussprüche. Eine Pandektenstelle, l. 1. de nundin. (50, 11), bestimmt den Verlust des Jahrmarkts-Privilegium durch Nichtgebrauch von 10 Jahren, und nach zwei Dekretalen von Alexander III. cap. 6. und 15. X. de privileg. (5, 33), soll das Privilegium der Zehntfreiheit durch Nichtgebrauch von 30 und resp. 40 Jahren aufhören. Bei dieser Dürftigkeit der Quellen sind die Meinungen unsrer Rechtslehrer sehr verschieden. Während nämlich Viele bei allen Privilegien ohne Unterschied eine Erlöschung durch blosen Nichtgebrauch annehmen, ohne jedoch freilich im Einzelnen, namentlich in Betreff der Zeit, übereinzustimmen, vgl. z. B. Thibaut, Besitz und Verj. §. 62, System §. 1066. und abweichend in der 8ten Auflage §. 1028, Schweppe I. §. 26. u. s. w., wollen Andre zwischen affirmativen und negativen Privilegien unterscheiden, und nur bei den letzteren eine Erlöschung durch eigentlichen Nichtgebrauch annehmen, vgl. z. B. Glück II. §. 110, Unterholzner, Verjähr. II. §. 161. u. A. m. Die meiste Billigung verdient wohl die Meinung, welche Hufeland, Handbuch I. S. 274 fgg. und Mühlenbruch, Lehrbuch §. 81. aufstellten, und die, nach einer ausführlichen Vertheidigung derselben von Fritz in der Gießer Zeitschrift IV. S. 207 fgg., auch von Mackeldey, Lehrbuch.

10te Aufl. §. 191, Reinhardt, Ergänzungen zu Glück I. S. 165, Puchta, Lehrbuch §. 31. Not. o., Wächter, Handbuch II. S. 833, Schläyer a. a. O. S. 95, Unger, System II. S. 321 u. A. m. angenommen ist. Hiernach nämlich gibt es gar keine besondre erlöschende Verjährung der Privilegien, sondern es bestimmt sich Alles einfach nach den Grundsätzen, welche gelten würden, wenn das Recht oder die Freiheit, worin das fragliche Privileg besteht, auf eine andre Weise, als durch Privilegium entstanden wären. Bei affirmativen Privilegien handelt es sich also um eine Extinktiv=Verjährung, und zwar tritt hier natürlich allgemein die Klagen=Verjährung ein, aber es kann auch nach der Beschaffenheit des durch Privileg eingeräumten Rechts eine Verjährung mit kürzeren Fristen schon hinreichen, wie z. B. eine Verjährung von 10 Jahren, wenn eine Servitut durch Privileg konstituirt wurde, und davon findet sich eine Anwendung bei dem Jahrmarkts=Privileg, welches doch gewiß wohl als eine Art von Nießbrauch betrachtet werden muß. Bei negativen Privilegien dagegen handelt es sich um eine Acquisitiv=Verjährung des durch das Privileg aufgehobenen Rechts, und sie kommt also überhaupt nur da vor, wo dieses Recht eine solche Verjährung zuläßt, und mit den Fristen, die darnach erforderlich sind. Anwendungen hiervon enthalten die zitirten Dekretalen. Das Zehntrecht nämlich kann überhaupt durch dreißig=, und an geistlichen Gütern durch vierzigjährigen Besitz begründet werden, c. 4. 13. X. de praescript. (2 16), und darnach versteht es sich, daß auch die durch ein Privileg aufgehobene Zehntberechtigung zu ihrem Wiederaufleben einen dreißig= oder vierzigjährigen Besitz voraussetzt, oder mit andern Worten, daß das Privileg der Zehntfreiheit durch dreißig= oder vierzigjährige Auszahlung des Zehnten erlöscht, was eben der Inhalt jener Dekretalen ist. — Im Resultate stimmt hiermit auch Steppes in der Gießer Zeitschrift XIV. S. 126 fgg. überein, aber er weicht insofern ab, daß er, m. E. mit Unrecht, annimmt, die beiden zitirten Dekretalen sprächen gar nicht von einer Verjährung, sondern von einem stillschweigenden Verzichte.

3) Rechtswohlthaten. §. 117.

III. Vom Erwerb und Verlust der Rechte.

Wächter, Handbuch II. S. 605 fgg.

A. Vom Erwerb.

1) Im Allgemeinen. §. 118.

2) Vom Erwerb durch Succession. §. 119.

Hasse, über — — Universal= und Singular=Succession; im Archiv für ziv. Praxis V. 1, Savigny, Syst. III. S. 8 fgg.,

Schwanert, enumeratio per universitatem successionum, quae extant in jure Romano. Goett. 1846, Kuntze, die Obligat. und die Singularsuccession im röm. Rechte. Leipz. 1856. S. 53 fgg., Lenz, das Recht des Besitzes. Berl. 1860. S. 43 fgg.

3) Vom Erwerb in Folge von Veräußerungen.

a) Von Veräußerung überhaupt. §. 120.

b) Insbesondere von der Schenkung.

Inst. II. 7; Dig. XXXIX. 5; Cod. VIII. 54. de donationibus. — Vat. fr. §. 248 sqq. — *de Retes*, de donationibus (bei *Meerm.* thes. V. p. 553 sqq.), *Klinkhamer*, comment. de donationib. Amstel. 1826, v. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach röm. Recht. Bd. I. Marburg 1835. Bd. II. Abth. I. 1837, Savigny, Syst. IV. S. 1 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 203 fgg., Schilling, Lehrbuch Bd. III. S. 741 fgg., *Molitor*, obligat. III. p. 95 sqq., Heimbach in Weiske's Rechtslex. IX. S. 641 fgg., Unger, Syst. II. §. 95 fg. S. 189 fgg.

α) Begriff der Schenkung und Akte, wodurch ein Schenken geschehen kann. §. 121.

Meyerfeld, Abschn. I. und II., Savigny S. 18—165, Schilling §. 348—50, Unger §. 95.

Anm. Obwohl nicht selten unter Schenkung (donatio) jede Liberalität oder doch jede auf Zuwendung eines Vermögens-Vortheils gerichtete Liberalität verstanden wird, so muß davon doch scharf der engere oder eigentliche Begriff von Schenkung unterschieden werden, welcher sich praktisch dadurch charakterisirt, daß dabei mehrfache eigenthümliche Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen (besondre Formvorschriften, eigenthümlicher Widerruf, Verbot derselben unter Ehegatten). Dazu gehört nämlich, außer jener allgemeinen Voraussetzung, daß es ein Liberalitäts-Akt sein muß, noch insbesondre, daß diese Liberalität sich in einem auf Willens-Einigung beruhenden Rechtsgeschäft ausspricht, und daß dieses Rechtsgeschäft eine wirkliche Veräußerung enthält. Die einzelnen Merkmale der eigentlichen Schenkung sind demnach folgende:

I. Jede wahre Schenkung muß sich als ein Liberalitäts-Akt charakterisiren, d. h. es muß eine Vermögens-Bereicherung sein, welche freiwillig, un-

entgeldlich und mit der Absicht der Bereicherung geschieht. Es ist also keine Liberalität, und folglich auch keine Schenkung vorhanden, wenn der Geber zu der Hingabe rechtlich verbunden ist (Freiwilligkeit), l. 29. pr. h. t. (39, 5), l. 82. de R. J.:

„Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur“,

vgl. l. 15. §. 4. locati (19, 2), l. 18. de adim. legat. (34, 4), l. 19. §. 4. h. t., wobei sich nur von selbst versteht, daß das Vorhandensein einer blosen Liebespflicht den Begriff der Liberalität nicht ausschließt. — Eben so ist es keine Liberalität, wenn hingegeben wird, um den Empfänger zu obligiren (Unentgeldlichkeit), denn in diesem Falle ist ein negotium im e. S., aber keine donatio vorhanden, l. 18. pr. §. 1. 2. h. t., l. 17. §. 3. commodati (13, 6), l. 58. pr. de donat. i. v. e. u. (24, 1), l. 24. §. 4. soluto matr. (24, 3), l. 14. de precario (43, 26), Meyerfeld I. S. 17 fgg. — Ferner gehört zum Begriff der Liberalität die Absicht, aus freier Gunst den Andren zu bereichern, l. 1. pr. §. 1. l. 18. §. 1. h. t. (donandi animus, s. die Stellen bei Meyerf. I. S. 7), und wenn also z. B. Jemand aus Noth eine Sache weit unter ihrem wahren Werthe verkauft, oder wenn er umgekehrt eine Sache weit über ihren wahren Werth bezahlt, weil er ihrer dringend bedarf u. dgl. m., so ist keine Schenkung vorhanden, weil es an dem animus donandi fehlt, Savigny a. a. O. S. 77 fgg. — Endlich wird auch zum Begriff der Liberalität vorausgesetzt, daß auf Seiten des Empfängers eine Vermögens-Vermehrung begründet wird, und wenn also durch das Rechtsgeschäft der Umfang des Vermögens nicht erweitert, sondern etwa nur die Ausübung und Verfolgung vorhandener Rechte gesichert wird, so ist keine Schenkung vorhanden. Hiernach ist es z. B. keine Schenkung für den Gläubiger (obwohl sie es allerdings für den Schuldner sein kann), wenn Jemand eine Bürgschaft bei demselben übernimmt, oder ihm ein Pfand bestellt, l. 1. §. 19. si quid in fraud. (38, 5), und eben so ist es auch auf der andren Seite keine Schenkung, wenn der Gläubiger seinem Schuldner blos das Pfandrecht erläßt, indem dadurch wegen Fortdauer der Schuld keine Vermögens-Vermehrung begründet wird, l. 1. §. 1. fin., l. 11. quib. mod. pign. (20, 6), l. 18. quae in fraud. cred. (42, 8), l. 11. C. ad SC. Vellej. (4, 29), Savigny S. 53 fgg., Dernburg, Pfandr. I. S. 169 fgg. — Nach allem diesem ist es einleuchtend, worauf besonders Meyerfeld §. 5. aufmerksam macht, daß im Begriffe der Schenkung ein negatives Merkmal prävalirt. Alle datio nämlich, welches Wort hier in einem weitern Sinne für jede Zuwendung, nicht blos für wirkliche Hingebung einer Sache genommen ist, gründet sich regelmäßig entweder auf eine causa praeterita, d. h. sie setzt eine Obligation voraus, sie geschieht also *solvendi* animo; oder sie geschieht propter causam futuram, d. h. sie soll eine Obligation erzeugen, sie geschieht also *credendi* animo. Wenn nun aber eine datio weder solvendi, noch credendi causa geschieht, wenn also weder der Geber juristisch verbunden ist, noch der Empfänger es wird, wenn es also ein dare ist, quo nec contrahitur obligatio, nec distrahitur, dann ist es Schenkung. Darnach also lassen sich dann fast alle Vermögens-Zuwendungen ihrer causa nach auf die 3 Klassen zurückführen, daß sie entweder solvendi, oder credendi, oder donandi causa geschehen; vgl. auch l. 65. §. 4. ad SC.

Trebell. (36, 1): si jussu meo traduntur, cui ego — — eas *praestare debuerim*, vel *in creditum ire*, vel *donare voluerim*, l. 49. de solut. (46, 3): si jussu ejus alii solvitur, vel *creditori* ejus, vel *futuro debitori*, vel etiam *ei, cui donaturus erat;* u. s. auch l. 36. de acqu. rer. dom. (41, 1), l. 1. §. 1. de offic. proc. Caes. (1, 19), l. 20. de reb. cred. (12, 1) (ganz durchgreifend ist dies freilich nicht, s. Unger S. 195. Not. 25. und die da Angeff.)

II. Das zweite wesentliche Merkmal der Schenkung besteht in dem Dasein einer Veräußerung, d. h. es muß dadurch das bereits erworbene Vermögen des Schenkers gemindert werden. Der Beweis hierfür liegt nicht blos in zahlreichen Stellen, in denen solche Liberalitäten, welche keine Veräußerungen sind, nicht unter die Zahl der Schenkungen gestellt werden (s. unten), sondern es wird auch sehr oft die Schenkung geradezu als eine Art der Veräußerung angeführt, vgl. z. B. §. 3. J. de locat. et cond. (3, 24), l. 3. §. 8. de donat. int. vir. et uxor. (24, 1), l. 3. pr. C. de quadr. praescr. (7, 37), Nov. 7. c. 1. u. a. m. (s. zahlreiche Stellen bei Schilling S. 765. Not. cc.); vgl. auch l. 31. §. 7. de donat. int. vir. et uxor. (24, 1): „non videtur ea esse donatio, *quia nihil ex bonis meis deminuitur*". So ist es also namentlich keine eigentliche Schenkung, wenn durch die Liberalität der Umfang des Vermögens gar nicht berührt wird, und Mandat, Depositum, Kommodatum, Prekarium gehören zwar unzweifelhaft zu den Liberalitäts-Akten und zu den Schenkungen im weitren Sinne (Schilling S. 756. und die dazu gehörigen Noten), aber sie stehen nicht unter den besondern Grundsätzen der eigentlichen Schenkung, l. 9. §. 3. de jure dot. (23, 3), l. 18. l. 58. §. 2. de donat. int. vir. et uxor. (24, 1), Meyerfeld I. S. 52 fgg., Savigny S. 27 fgg. So ist es ferner keine eigentliche Schenkung, wenn Jemand kein erworbenes Recht aufopfert, sondern nur aus Wohlwollen gegen einen Dritten einen Erwerb unterläßt; denn eine solche Unterlassung ist keine Veräußerung, l. 28. pr. de V. S. und es treten also nicht die besondern Grundsätze der Schenkungen ein, wenn z. B. Jemand eine Erbschaft oder ein Legat ausschlägt, um dasselbe dem nach ihm Berufenen zuzuwenden, l. 5. §. 13. 14, l. 31. §. 7. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1), wenn man eine actio vindictam spirans absichtlich erlöschen läßt, arg. l. 1. §. 7. 8. si quid in fraud. (38, 5), wenn man künftig fällig werdende Zinsen erläßt l. 23 pr. h. t., u. dgl. m. Savigny S. 28 fgg.

III. Das dritte wesentliche Erforderniß der Schenkung ist die Willens-Einigung zwischen dem Schenker und dem Beschenkten, indem von einer wahren Schenkung niemals eher die Rede sein kann, bis der Beschenkte von dem Liberalitäts-Akte Kunde bekommen, und sich damit — ausdrücklich oder stillschweigend — einverstanden erklärt hat, l. 19. §. 2. h. t. „non potest liberalitas nolenti acquiri", Cic. Top. c. 8. fin: „neque donationem sine acceptione intelligi posse", vgl. l. 10. h. t., l. 55. de O. et A. (44, 7), l. 16. C. de jure delib. (6, 30). So ist es z. B. keine wahre Schenkung, wenn ich meine Sache absichtlich von einem Dritten usukapiren lasse, so lange der Dritte von meinem Eigenthum keine Kunde hat, während es allerdings zur Schenkung wird, sobald der Dritte diesen Sachverhalt in Erfahrung bringt,

l. 44. de donat. int. vir. et ux. (24, 1) verb.: „— — et hoc et mulier noverit — —, quia transiit in causam ab eo factae donationis“ vgl. unten §. 225. T. 2). So ist es ferner keine Schenkung, wenn ich animo donandi Jemanden eine Summe Geldes gebe, während der Empfänger glaubt, ein Darlehn zu empfangen, l. 18. de reb. cred. (12, 1): „si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse“, u. dgl. m. Natürlich soll hiermit nicht gesagt sein, daß der ganze Akt bis zur hinzukommenden Einwilligung des Beschenkten ganz wirkungslos sei — denn dies ist keineswegs immer der Fall —, sondern nur, daß ein solcher Akt, ehe die Einwilligung des Beschenkten hinzutrete, nicht unter den eigenthümlichen Grundsätzen der Schenkung stehe, und wenn ich also z. B. animo donandi Jemandes Schuld durch Zahlung oder expromissio tilge, oder wenn ich mich bei Jemandes Gläubiger animo donandi verbürge, so haben solche Handlungen alsbald juristische Wirkungen; der Schuldner wird sogleich liberirt, ich werde alsbald obligirt; aber als Beschenkter kann der Schuldner erst dann gelten, wenn er meine Liberalität erfährt und acceptirt. Der Einwand Savigny's S. 145 fgg., daß durch diese Annahme die gesetzlichen Beschränkungen der Schenkung völlig illusorisch werden würden, und die Berufung auf l. 5. §. 4, l. 7. §. 7, l. 50. pr. de donat. int. vir. et uxor. (24, 1) scheinen sich mir durch die bekannten Grundsätze über das, was in fraudem legis geschieht, genügend zu erledigen. Vgl. auch Puchta, Kursus der Institut. Bd. II. §. 205. not. p., Vorles. über das heutige röm. Recht I. S. 146, Boecking, Pand. I. §. 106. Not. 12, Schilling S. 757 fgg., und die dazu gehörigen Noten, Heimbach a. a. O. S. 670 fgg., Unger a. a. O. S. 195 fgg. — Wenn übrigens Viele wegen des hier besprochenen Erfordernisses von einer nothwendigen Vertrags-Natur der Schenkung reden, so beruht dies nur auf dem freilich sehr verbreiteten, aber nach meiner Ueberzeugung ganz verwerflichen und unrömischen Sprachgebrauch, wornach jedes Geschäft, zu dessen Wesen eine Willens-Einigung, ein consensus gehört, Vertrag genannt wird; ein eigentlicher (ein s. g. obligatorischer) Vertrag gehört natürlich in keiner Weise zu den wesentlichen Erfordernissen der Schenkung. —

Aus dem hier entwickelten Wesen der Schenkung geht von selbst hervor, daß die Schenkung nicht ein einzelnes bestimmtes Rechtsgeschäft, etwa wie Kauf oder Tausch u. dgl. ist, sondern daß dieselbe in den allerverschiedensten Formen hervortreten, und durch ganz verschiedenartige Akte realisirt werden kann, und zwar lassen sich dieselben im Allgemeinen unter die drei Hauptgesichtspunkte: *dare, obligare, liberare* zusammenfassen, vgl. Meyerfeld I. S. 93 fgg., Savigny S. 104 fgg., Schilling §. 350. S. 770 fgg., Heimbach S. 657 fgg. Hierin liegt aber auch von selbst die Rechtfertigung für die Stellung, welche hier der Lehre von den Schenkungen gegeben worden ist, indem sich in dem besondren Theile offenbar kein geeigneter Platz für dieselbe findet, weder in der Lehre von den Eigenthums-Erwerbungen, wo sie in Justinian's Institutionen, II. 7, abgehandelt wird (offenbar aus dem historischen Grunde, weil ehedem zur Perfektion der Schenkung Eigenthums-Uebertragung erforderlich war), noch auch in der Lehre von den obligatorischen Verträgen, wo sie jetzt meistens in den

Lehr- und Handbüchern dargestellt wird. Mit größtem Rechte haben daher manche Neuere, besonders nach dem Vorgange Puchta's, System §. 35. Lehrb. §. 68 fgg., Kursus der Institt. II. §. 205, die Lehre von der Schenkung in den allgemeinen Theil gestellt, vgl. Savigny a. a. O., Boecking, Pand. I. §. 106, Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 23, Arndts Lehrb. §. 80 fgg., Unger, §. 95 fgg., Keller §. 63 fgg.

β) Erfordernisse der Schenkung. §. 122.

Anm. 1. Das einfache, in keiner der vielen Abhandlungen genügend hervorgehobene Prinzip der *lex Cincia* war folgendes: wenn über die gesetzliche Summe an eine persona non excepta geschenkt wird, so ist die Schenkung erst dann perfekt, wenn der Schenker, um seine Liberalität zu realisiren, aus allem und jedem Verhältniß zu dem geschenkten Gegenstand herausgetreten ist. So lange nämlich noch irgend ein solcher Nexus besteht, kann die Schenkung vermittelst der exceptio oder replicatio legis Cinciae unwirksam gemacht werden. Gesetzt also, es will Jemand eine bewegliche res mancipi verschenken, und er hat zu diesem Zweck eine Stipulation abgeschlossen, so steht der actio ex stipulatu des Beschenkten die exceptio legis Cinciae entgegen. Aber auch, wenn der Schenker die Sache wirklich tradirte, ist doch die donatio noch imperfecta, weil noch immer das nudum jus Quiritium bei dem Schenker zurückbleibt; dieser kann also die vindicatio anstellen, und die exceptio rei donatae et traditae wird durch die replicatio legis Cinciae elidirt. Ja selbst, wenn der Schenker nicht blos tradirt, sondern auch manzipirt oder in jure zedirt hat, so ist doch die Schenkung zunächst noch imperfekt, weil der Schenker noch so lange als Besitzer gilt, bis der Beschenkte majore parte anni besessen hat; der Schenker stellt also das interdictum *retinendae* possessionis, nämlich das interd. utrubi an, und die exc. rei traditae wird auch hier durch die replicatio leg. Cinciae unwirksam gemacht. Vgl. übrigens über die lex Cincia: v. Savigny in der gesch. Zeitschrift. IV. 1. (noch vor Auffindung der Vatikanischen Fragmente geschrieben); *Rudorff*, de lege Cincia. Berol. 1825; *Wenck* in praef. ad Hauboldi opusc. I. pag. XXXVIII sqq.; Franke, ziv. Abh. Nro. 1; *Klinkhamer* l. c. cap. II.; *de Schröter*, obs. jur. civ. Nr. V; Hasse im Rhein. Mus. I. S. 185 fgg.; III. S. 174 fgg.; Unterholzner das. II. S. 436 fgg.; III. S. 153 fgg.; Schilling, Bemerkungen über röm. Rg. S. 99 fgg.; *Bruns*, quid conferant Vat. fragmenta ad melius cognosc. jus Rom. p. 112 sqq., Liebe, Stipulationen S. 105 fgg., Puchta, Kursus der Institutionen II. §. 206, Schilling, Lehrbuch III. S. 820 fgg. — Schrader in der Tüb. Zeitschrift I. S. 184 fgg., Zimmern, Erl. Jahrb. VI. S. 48 fgg., Warnkönig das. XIII. S. 245 fgg.

Ueber die spätere Fortbildung des Rechts vgl. man Marezoll in Löhr's Magaz. IV. S. 175 fgg., *Wenck* l. c. §. XIV. sqq., *Klinkhamer* cit. p. 154 sqq., Unterholzner cit. S. 167 fgg., Schilling, Lehrbuch S. 889 fgg.; s. auch Liebe, Stipulat. S. 131 fgg.

Anm. 2. Ueber die bei großen Schenkungen nöthige Insinuation vgl. vorzüglich Marezoll in der Gießer Zeitschrift I. Abhandlung 1, Savigny S. 209 fgg., Schilling S. 919 fgg., Heimbach a. a. O. S. 698 fgg. — Einige Schwierigkeit macht wegen Dunkelheit des hier einschlagenden Gesetzes der Fall, wenn eine jährliche Rente den Gegenstand der Schenkung bildet. Justinian in l. 34. §. 4. C. h. t. (8, 54) sagt darüber, daß dieser Fall unter den Alten sehr bestritten gewesen sei, und er ihn deßhalb jetzt bestimmt entscheiden wolle. Die Entscheidung lautet:

„Nos autem certa divisione concludimus, ut (I), si hujusmodi quidem fuerit donatio, ut intra vitam personarum stetur vel dantis, vel accipientis, multae intelligantur donationes et liberae a monumentorum observatione. Incertus etenim fortunae exitus hoc nobis sugessit, ut possibile sit, unius anni tantummodo vel brevioris vel etiam amplioris temporis metas supervivere vel donatorem vel eum, qui donationem accepit, et ex hoc inveniri, totam summam donationis non excedere legitimam quantitatem. Si autem (II) etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio, vel (III) adjiciatur tempus vitae vel donatoris vel ejus, qui donationem accipiet, tunc quasi perpetuata donatione et continuatione ejus magnam et opulentiorem eam efficiente, et una intelligatur et quasi densioribus donationibus cumulata, excedere legitimum modum, et omnimodo acta reposcere, et aliter minime convalescere“.

Die beiden ersten Fälle machen nicht die mindeste Bedenklichkeit. Der erste Fall ist, wenn die geschenkte Rente auf die Lebenszeit des Schenkers oder des Beschenkten gestellt ist, und die Entscheidung geht dahin, daß hier jede einzelne Rate als besondere Schenkung gelten soll, weil es ja ungewiß ist, ob der Schenker oder der Beschenkte auch nur den nächsten Zahlungs-Termin erleben werden; wenn also der Betrag der einzelnen Rente nicht schon eine große Schenkung ausmacht, so bedarf es niemals einer Insinuation. Der zweite Fall aber ist, wenn die geschenkte Rente auch auf die Erben des Schenkers und des Beschenkten gestellt ist, und hier entscheidet Justinian, daß wegen der immer währenden Dauer („quasi perpetuata donatione“) unbedingt eine große Schenkung angenommen werden, und also stets eine Insinuation nöthig sein soll, mag die einzelne Prästation so groß oder so klein sein, wie sie will. — Diesem zweiten Falle wird nun vom Kaiser sowohl in der Entscheidung selbst, als auch in den Entscheidungsgründen ein dritter ganz gleichgestellt in den Worten:

„vel adjiciatur tempus vitae vel donatoris vel ejus, qui donationem accipiet“,

und gerade dieser dritte Fall ist es, welcher sehr streitig ist. Gewöhnlich versteht man darunter die Schenkung einer Rente, welche auf eine bestimmte genannte Reihe von Lebensjahren des Schenkers oder Beschenkten gestellt sei, und die Entscheidung soll dann die sein, daß hier die Leistungen der bestimmten Jahre zusammengerechnet werden müßten, und wenn ihr Betrag 500 solidi übersteige, Insinuation nöthig sei, vgl. z. B. Marezoll a. a. O.

S. 21 fgg. Da aber diese Auslegung offenbar unzulässig ist, indem weder Justinian's Entscheidung („*omnimodo* acta reposcere“), noch auch, und zwar noch viel weniger die Entscheidungsgründe („donatione quasi *perpetuata*“) für diesen Fall passen würden, vgl. auch Savigny S. 214. Not. r, Schilling S. 926. Not. p., so hat man durch Text-Veränderungen zu helfen gesucht. So will *Cujac.* observ. XV. 22. und comm. in l. 16. de V. O. (opp. I. p. 1173), besonders auf die Auktorität einer Basiliken-Scholie (ad Basil. XLVII. l. 66. bei Heimb. tom. IV. p. 590), statt: „vel adjiciatur“ lesen: „*nec* adjiciatur“ oder: „vel *non* adjiciatur“, was den guten Sinn geben würde, daß dem Falle, wenn ausdrücklich die Erben der Interessenten genannt sind, der andere gleichgestellt wird, wenn dies stillschweigend dadurch geschehen sei, daß nur nicht die Beschränkung auf die Lebenszeit des Schenkers oder des Beschenkten hervorgehoben sei, vgl. auch Voet. ad Pand. XXXIX. 5. §. 16, Schilling cit., Heimbach a. a. O. S. 700. Not. 288. u. a. m. Dagegen will Savigny cit., auf die Auktorität einer seiner Codex-Handschriften lesen: „vel adjiciatur tempus vitae *heredum* vel donatoris etc.“ und der Sinn soll der sein: „wenn auch nicht die heredes unbestimmt genannt sein sollten (also mit stillschweigender Ausdehnung auf alle fernere Erben), sondern so daß die Rente begrenzt sein soll durch den Tod der nächsten Erben“. Ich kann keiner dieser Ansichten, und am wenigsten der Savigny'schen beistimmen, vgl. gegen diese auch Schilling a. a. O. S. 927, sondern nach meinem Dafürhalten soll in den bestrittenen Worten einfach der Fall angedeutet werden: „wenn die geschenkte Rente ausdrücklich nur über die Lebenszeit eines von Beiden, des Schenkers oder des Beschenkten erstreckt sei“, und dieser Fall wird dem andren gleichgestellt, wenn ausdrücklich die Erben Beider, des Schenkers und des Beschenkten genannt sind; vgl. jetzt auch Briegleb im civ. Arch. XXXVIII. S. 142 fgg. — Der weitere mögliche Fall, daß eine Rente gerade auf eine bestimmte Reihe von Jahren geschenkt wird, ist zwar in Justinians Entscheidung nicht besonders erwähnt, kann aber auch gar nicht zweifelhaft sein, denn es versteht sich von selbst, daß hier die Renten der mehreren bestimmten Jahre zusammengezählt werden müssen, und wenn sie zusammen eine große Schenkung ausmachen, die Insinuation erforderlich ist. — Ueber „Insinuation von Schenkungen an piae causae“ vgl. Buchholtz in der Gieß. Zeitschr. N. F. XI. S. 138 fgg.

γ) Wirkungen der Schenkung. §. 123.

δ) Revokation der Schenkung. §. 124.

Cod. VIII. 56. de revocandis donationibus. — *Donell.* comm. jur. civ. XIV. c. 26 sqq., Savigny S. 224 fgg., Schilling §. 363. 64, S. 956 fgg.

1) *Justinian.* l. 10. C. h. t.: Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita

ut (1) injurias atroces in eum effundat, vel (2) manus impias inferat, vel (3) jacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponit, vel (4) vitae periculum aliquod ei intulerit, vel (5) quasdam conventiones sive in scriptis donationi impositas sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit. Ex his enim tantummodo causis, si fuerint in judicium dilucidis argumentis cognitionaliter approbatae, etiam donationes in eos factas everti concedimus. — — Hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus, nulla licentia concedenda donatoris successoribus hujusmodi querimoniarum primordium instituere. Etenim si ipse, qui hoc passus est, tacuit, silentium ejus maneat semper, et non a posteritate ejus suscitari concedatur vel adversus ipsum, qui ingratus esse dicitur, vel adversus ejus successores. — (Ueber das noch beschränktere Revokationsrecht der mater binuba siehe unten §. 227. Anm. 1. gegen E.)

2) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 5. C. de inoff. donat. (3, 29): Si totas facultates tuas per donationes vacuas fecisti, quas in emancipatos filios contulisti, id, quod ad submovendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum, ut filii vel nepotes, qui postea ex quocumque legitimo matrimonio nati sunt, debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum revertetur. (Vgl. unten Bd. II. §. 482. Anm. bei I. a. E.).

3) *Constantius* et *Constans* l. 8. C. h. t.: Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerit, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum. Vgl. *Jac. Gothofred* ad l. 3. C. Th. de rovoc. donat. (8, 13), Savigny S. 228 fgg.; s. auch Schmidt, Methode der Ausleg. S. 102 fg.

ε) Besondere Arten der Schenkung. §. 125.

Cod. VIII. 55. de donationibus, quae sub modo conficiuntur.

Anm. Ueber donatio *sub modo* vgl. *Bergmann,* de natura donationum sub modo. Gött. 1808, *Waechter,* de condict. causa data c. n. s. Tüb. 1822. p. 89 sqq., Meierfeld §. 20, Savigny S. 280 fgg., Unger a. a. O. S. 223 fgg., und über donatio *remuneratoria*: *Schildener,* de differentiis

inter donation. simplicem et remuneratoriam spuriis. Jen. 1798, Mahir, über die Natur und Wesenheit der donatio remuneratoria. München 1828, Kritz, Sammlung von Rechtsfällen. Leipzig 1833. Nr. 1, Meyerfeld §. 19, Savigny S. 88 fgg., Heimbach a. a. O. S. 651 fgg., Unger a. a. O. S. 221 fgg., Schwanert, Naturalobligg. S. 100 fgg. Daß bei der remuneratorischen Schenkung der Gesichtspunkt einer naturalis obligatio zu Grunde liege, wie oft behauptet wird, ist gewiß irrig, und wird durch die dafür angeführten l. 25. §. 11. de H. P. (5, 3), l. 27, l. 34. §. 1. de donat., l. 54. §. 1. de furt. (47, 2) nicht bewiesen. Nur soviel darf man zugeben, daß dann, wenn man zur Vergütung geleisteter Dienste wirklich geschenkt hat, dies einiger Maaßen so anzusehen ist, als ob man eine Schuldigkeit erfüllt habe, während, wenn hier eine wirkliche naturalis oblig. vorläge, eine etwa durch Kompensation u. dgl. geltend zu machende Verpflichtung zu einer Gegenschenkung vorhanden wäre. Hiernach müssen im Allgemeinen bei der remuneratorischen Schenkung die Grundsätze über gewöhnliche Schenkungen Platz greifen, wie namentlich in Betreff der Insinuation, Marezoll in Gießer Zeitschrift I. S. 30 fgg., der subjektiven Beschränkungen u. s. w. Nur bei der Revokation der Schenkung wegen Undankbarkeit wird der vorher angedeutete Gesichtspunkt bedeutend, l. 34. §. 1. de donat.: Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est; vgl. auch *Paul.* rec. sent. V. 11. §. 6. Wenn Meyerfeld S. 374 fgg., Savigny S. 96 fgg., Heimbach S. 654 fg. u. A. m. dies nur auf den Fall beschränken wollen, wenn das beneficium, welches durch die Remuneration hat vergolten werden sollen, inästimabel sei, so ist dies wohl kaum zu billigen, und nur so viel kann man zugestehen, daß die Gegenleistung nicht außer allem Verhältniß zu dem geleisteten Dienst stehen darf, indem sonst die Grundsätze der reinen Schenkung dabei eintreten müssen. Uebrigens muß man konsequent sagen, daß auch die erste Schenkung, wenn nachher eine Remuneration dafür erfolgte, den Charakter der reinen Schenkung einbüßt, und nun eben so wenig wegen Undanks revozirt werden darf, wie die donat. remuneratoria selbst, vgl. l. 25. §. 11. de H. P. verb.: velut genus quoddam hoc esset *permutationis;* s. auch Meyerfeld S. 370.

Ueber die vielfach eigenthümliche *mortis causa donatio* wird in besserem Zusammenhang im Erbrechte die Rede sein; vgl. B. II. §. 561 fgg.

B. Vom Verlust der Rechte.

1) Im Allgemeinen. §. 126.

Anm. Von nicht geringem Einfluß ist es, ob ein Recht *ipso jure* oder ob es *ope exceptionis* verloren geht. Die wichtige prozessualische Bedeutung dieses Unterschieds ist freilich schon im Justinianischen Rechte mit dem Wegfallen des Formularprozesses hinweggefallen. Dies ist aber sicher nicht auch mit den materiellen Unterschieden zwischen jenen beiden Erlöschungsarten der Fall, so gewöhnlich man auch das Gegentheil behauptet. Wenn nämlich ein Recht ipso

jure erloschen ist, so ist es in dem Augenblick, wo der diese Erlöschung herbeiführende Umstand eingetreten ist, gar nicht mehr vorhanden; die Umstände dagegen, welche nur ope exceptionis eine Erlöschung herbeiführen, vernichten nicht unmittelbar das fragliche Recht, sondern begründen nur ein andres entgegenstehendes Recht, so daß also eine Kollision von Rechten eintritt. Ist nun das jus exceptionis wirklich durchgesetzt, dann ist es freilich dem Effekte nach ganz so, als wenn das jus actionis ipso jure zerstört wäre, und insofern konnte Paulus in l. 112. de R. J. sagen: nihil interest ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. Ein in die Augen fallender Unterschied ist aber der, daß ein ipso jure erloschenes Recht niemals wieder reviviszireu kann, während, wenn nur ein ope exceptionis wirkender Umstand entgegengetreten ist, das alte Recht vollkommen wirksam bleibt, wenn das jus exceptionis aus irgend einem Grunde wieder wegfällt. Im erstren Falle kann nämlich natürlich immer nur ein neues Recht wieder entstehen, und zwar sind zu seiner Entstehung eben so alle Voraussetzungen nöthig, als wenn das frühere Recht gar nie da gewesen wäre; namentlich also kann der blose Verzicht niemals zu der Begründung dieses neuen Rechts genügen, wenn nicht in dem Verzicht zugleich die positiven Erforderniſſe einer Rechtsbegründung enthalten sind, vgl. l. 27. §. 2. de pact. (2, 14): Si pactum conventum tale fuit, quod actionem tolleret (d. i. die Klage ipso jure vernichtet), velut injuriarum, non poterit, postea paciscendo, ut agere possit, agere, quia et prima actio sublata est, et posterius pactum ad actionem reparandam inefficax est; non enim ex pacto injuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti emti, non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. Ganz anders verhält sich dies dagegen im zweiten Falle; da hier nicht das alte Recht aufgehoben, sondern nur ein neues kollidirendes Recht begründet ist, so muß nothwendig, wenn dies entgegenstehende Recht auf irgend eine Art, namentlich durch blosen Verzicht aufgehoben ist, das alte Recht nicht eigentlich wieder aufleben, denn es hat noch gar nicht aufgehört, sondern in seiner vollen Wirksamkeit verbleiben. So heißt es in der l. 27. cit. unmittelbar vor den ausgezogenen Worten: Pactus ne peteret, postea convenit, ut peteret. Prius pactum per posterius elidetur; non quidem ipso jure, sicut stipulatio tollitur per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur, et ideo replicatione exceptio elidetur, vgl. auch *Gai.* IV. 126. pr. J. de replicat. (4, 14), l. 4. §. 4., si quis cautionib. (2, 11), l. 12. de novat. (46, 2), l. 28. pr. de legat. 1, l. 13. de liberat. leg. (34, 3), l. 70. pr. ad SC. Trebell. (36, 1). — Mit diesem Unterschiede hängt auch der andre zusammen, daß für eine obligatio, welche ipso jure ganz zerstört ist, niemals eine accessorische Obligation, namentlich Bürgschaft oder Pfandrecht begründet werden kann, während dies im Falle einer blos ope exceptionis wirkenden Erlöschung allerdings unter Umständen möglich ist, l. 32. de pact., l. 9. §. 3. ad SC. Maced. (14, 6), l. 5. pr. de liberat. leg. — Wenn man aber auch als unterscheidendes Merkmal der beiden Gattungen von Erlöschungsgründen hat annehmen wollen, daß im Falle einer Erlöschung

ipso jure stets die ganze obligatio vernichtet werde, dagegen im andren Falle noch eine Naturalobligation übrig bleiben könne, Roßhirt in seiner Zeitschrift II. S. 16, so ist dieses völlig irrig, denn in beiden Fällen auf gleiche Weise kann es kommen, daß noch eine natural. oblig. übrig bleibt, so wie auch umgekehrt in beiden Fällen die ganze obligatio zerstört werden kann. — Vgl. überhaupt v. Löhr in seinem Magaz. IV. S. 146 fgg. und im ziv. Arch. X. S. 74, besonders aber Büchel, zivilrechtl. Erörtr. Bd. II. S. 2 fgg., vorz. S. 20 fgg. und *Molitor*, obligat. III. p. 177 sqq.

2) Insbesondere:

a) vom Verzichte. §. 127.

Graebe, die Lehre des Verzichts nach den Quellen bearbeitet. Kassel 1843, Wächter, Handb. II. S. 643 fgg., Unger, Syst. II. S. 179 fgg.

Anm. Ueber die Frage: ob, damit die Entsagung auf ein Recht für den Entsagenden bindend sein, Acceptation des durch den Verzicht Gewinnenden erfordert werde? vgl. man bes. Fritz im ziv. Arch. VIII. Nro. 15, und dess. Erläutrungen zu Wening S. 206 fgg., 385 fgg., 543 fgg., dessen Meinung dahin geht, daß dann Acceptation stets erforderlich sei, wenn durch die Aufgebung unmittelbar ein Vortheil für einen Andern begründet würde, also nicht blos bei Forderungsrechten, sondern namentlich auch bei jura in re aliena, vgl. auch Savigny, Syst. IV. S. 544 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 25. bei Not. 14, Wächter S. 644 fg. Das Richtige ist dagegen gewiß, daß bei Forderungsrechten und dem Pfandrechte, als einer obligatio rei allerdings Acceptation nöthig ist, nicht aber auch bei den materiell dinglichen Rechten, eine Unterscheidung, die sich aus der Natur dieser Rechte konsequent ergibt, und durch kein Gesetz widerlegt wird, vgl. auch Bacher in Ihering's Jahrbb. V. S. 222 fgg.

b) Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum. §. 128.

Anm. Ueber die nöthigen Modifikationen dieses Satzes vgl. Fritz im ziv. Arch. VIII. No. 11. und dess. Erläutr. S. 265 fgg.; s. auch Sell, dingl. Rechte. S. 6 fg.

C. Von der Verjährung, als Grund von Rechtserwerb und Verlust.

Ravii principia univ. doctr. de praescriptione rel. Jen. 1766. c. not. *Eichmann*. Hal. 1780. — Thibaut, über Besitz und

Verjährung. Jena 1802. Th. II. — Dabelow, über die Verjährung. 2 Bde. Halle 1805 und 7, bes. aber Unterholzner, ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre. 2 Bde. Leipzig 1828, 2. Aufl. bearbeitet von Schirmer, Leipz. 1858. und Heimbach im Rechtslex. XII. S. 258 fgg. Vgl. auch Sarwey's Monatsschr. Bd. XX. S. 1 fgg.

1) Von der Verjährung im Allgemeinen. §. 129.

2) Insbesondere von der Immemorial-Verjährung. §. 130.

Thibaut a. a. O. §. 74 fgg.; Kritz, exeget. prakt. Abh. S. 146 fgg.; Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. II. Nr. 1; Unterholzner §. 140 fgg.; Schelling, die Lehre von der unvordenklichen Zeit. München 1835; Arndts, Beiträge I. S. 126 fgg., Savigny, Syst. IV. S. 480 fgg., Buchka, der unvordenkliche Besitz des gem. deutschen Zivilr. Heidelb. 1841, Friedländer, die Lehre von der unvordenklichen Zeit. Marb. 1843, Pfeiffer, über den altgermanistischen Ursprung der Lehre vom unvordenklichen Besitze, in der Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. VIII. Nr. 1; Ders. prakt. Ausführ. Bd. VII. Nr. 8. S. 175 fgg., Reinhard im ziv. Arch. XXXVIII. S. 186 fgg., Sarwey's Monatsschf. a. a. O. S. 3 fgg. S. 69 fgg., Heimbach a. a. O. S. 546 fgg.

1) *Pompon.* l. 3. §. 4. de aqua quotid. et aest. (43, 20): Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur.

2) *Labeo* libr. VII. Pithanon a *Paulo* epitomatorum. l. 28. de probat. (22, 3): Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria extet, hoc ei quaerendum est, an aliquis meminerit, id opus factum esse. Paulus: immo, quum in arbitrio quaeritur, memoria facti operis extet, nec ne, non hoc quaeritur, num aliquis meminerit, quo die aut quo consule factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit, et hoc ita, quod Graeci dicere solent *ἐν πλάτει.* Enim potest hoc memoria non teneri, intra annum puta factum, quum interim nemo sit eorum qui meminerit, quibus Consulibus id viderit. Sed quum omnium haec est opinio, nec audiisse, nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex iis audiisse, qui vidissent aut audiissent, et hoc infinite sursum versum accidit:

tum memoriam operis facti non extare. Vgl. auch Basil. XXII. 1. fr. 28. und das schol. dazu bei Heimb. II. p. 480, u. s. l. 2. §. 8. de aqua et aquae pluv. arc. (39, 3). *Paul.*: Idem Labeo ait, quum quaeritur, an memoria extet facto opere, non diem et Consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum, hoc est, si factum esse non ambigatur; nec utique necesse esse, superesse, qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos, qui memoria tenuerint. — (Obwohl der Sinn der l. 28. cit. im Ganzen sehr klar ist, so ist doch im Einzelnen über Kritik und Interpretation dieser etwas verworrenen Stelle viel gestritten worden, vgl. darüber Glück XXI. S. 405 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. IV. p. 178, Unterholzner a. a. O. S. 504, Schelling cit. S. 41 fgg., Savigny S. 518, Friedländer a. a. O. II. S. 70 fgg., Huschke in der Gießer Zeitschr. Neue Folge IV. S. 103 fgg.).

IV. Konkurrenz und Kollision der Rechte. §. 131.

Thibaut, Versuche II. Nr. 14; Hufeland, Handb. II. Nro. 7; Stahl, über die Kollision und den Vorzug des Besondren vor dem Allgemeinen im Rechte. Würzb. 1826. (24 S.); Fritz, Erläutr. zu Wening S. 58 fgg.; Kierulff, Theorie I. S. 230 fgg., Boecking Pandekt. I. §. 128, Wächter Handb. II. §. 76, Unger Syst. I. §. 70.

Sechstes Kapitel.

Von Verfolgung, Vertheidigung und Sicherung der Rechte.

Abschnitt I.

Von der Selbsthilfe.

Linde in Gießer Zeitschrift I. Nro. 21.; Fritz, Erläutr. zu Wening S. 125 fgg., Bensey im Rhein. Museum VII. Nro. 1.; v. Wendt, Abhandlungen und Rechtsfälle zur Erörtr. des gem. Bair. und Sächs. Civilr. und Civilproz. München 1836. Nro. 1.; Sartorius in der Gießer Zeitschrift XX. 1, Schwarze in Weiske's Rechtslexikon X. S. 125 fgg.

I. Von der Selbsthilfe im Allgemeinen. **§. 132.**

II. Von den Privatstrafen der unerlaubten Selbsthilfe. **§. 133.**

1) *Callistrat.* l. 7. ad leg. Jul. de vi privata (48, 7): Creditores, si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod debere sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem debitoris sui invaserint, id nullo concedente, D. Marcus decrevit, jus crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: „Optimum est, ut, si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor

es, et quum Marcianus diceret: vim nullam feci; Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit; non puto autem nec verecundiae nec dignitati tuae convenire, quidquam non jure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judicio temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit". Vgl. l. 13. quod met. causa. (4, 2), wo die letzten Worte des Dekrets so lauten: Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris, *vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam*, sine ullo judice temere possidere, *vel accepisse*, isque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.

2) *Valent.*, *Theod.* et *Arcad.* l. 7. C. unde vi (8, 4): Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante adventum judicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem quam abstulit, restituat possessori et dominium ejusdem rei amittat. Si vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur.

Anm. Wenn auf unerlaubte Weise Eigenmacht angewendet ist, so versteht es sich, daß einmal alle die nachtheiligen Folgen für den Handelnden eintreten, welche die Handlung an sich betrachtet, d. h. ohne alle Rücksicht auf ihre Eigenschaft als Selbsthilfe, hervorruft, und demgemäß werden nicht selten öffentliche Strafen, wie namentlich die der lex Julia de vi publica vel privata Platz greifen. Daneben kommen aber auch noch gerade für die Handlung als Selbsthilfe bestimmte Privatstrafen vor, die man im Allgemeinen auf das decretum D. Marci zurückzuführen pflegt, obwohl dasselbe noch durch spätere kaiserliche Verordnungen erweitert und resp. ergänzt ist. In jenem decretum nämlich ist nur folgender Fall enthalten: wenn Jemand, der ein wirklich begründetes Forderungsrecht hat, sich eigenmächtig, einerlei übrigens, ob auf dem Wege eigentlicher Gewaltthat oder nicht, durch Besitzergreifung von Sachen des Debitor befriedigt, so soll er sein Forderungsrecht verlieren. Gewiß aber bezieht sich dieses Dekret auch in seiner ursprünglichen Fassung nicht blos auf Forderungen, welche auf eine bestimmte Spezies gerichtet sind, sondern auch auf solche, die nur auf ein genus oder eine Quantität gehen, denn, wenn Linde a. a. O. S. 401 fgg., S. 514. dasselbe nur auf Forderungen der ersten Art beschränkt glaubt, weil nur die Fassung des Dekrets in l. 7. ad leg. Jul. de vi priv. die ursprüngliche und in l. 13. quod met. c. die Beziehung auf Forderungen, welche auf ein genus

oder eine Quantität gehen, erst durch Interpolation hineingetragen sei; so muß man zwar wohl allerdings eine solche Interpolation zugestehen, aber gewiß hatte dieselbe einen andern Zweck. Während nämlich das Dekret in seiner ursprünglichen Konzeption nur auf eigenmächtiges Hinwegnehmen von Sachen des Schuldners sich bezog, l. 7. cit., erhielt dasselbe in l. 13. cit. die Erweiterung, daß auch eine gezwungene Tradition als darunter begriffen erscheint, Benfey a. a. O. S. 9 fgg., S. 44 fgg., Sartorius a. a. O. S. 12 fgg., Schwarze a. a. O. S. 132. — Was aber die Strafen des Dekrets anbelangt, so wird ganz bestimmt ausgesprochen, daß der Kreditor das *jus crediti* verloren haben solle, und es wird ihm also nicht blos die Klage, sondern das Forderungsrecht selbst abgesprochen. Gewiß nicht zu billigen ist es daher, wenn Benfey S. 14., Schwanert, Natural.=Oblig. S. 474, Sartorius S. 44 u. A. doch noch eine naturalis obligatio als übrig bleibend annehmen, denn wenn sie sich dafür auf l. 19. pr. de condict. indeb. (12, 6) berufen, so kann in diesem Gesetz offenbar nur der Satz gefunden werden, daß, wenn eine Klage in odium creditoris abgesprochen werde, man die Fortdauer einer naturalis obligatio annehmen müsse, siehe auch Schwarze a. a. O., *Machelard,* des Oblig. naturelles p. 514 sqq. u. A. m. Zweifelhaft aber kann es scheinen, ob bei einer zweiseitigen Obligation, z. B. einem Verkaufe, der Gegner doch noch auf Erfüllung der Obligation dringen kann, wenn der eine Paziszent wegen Eigenmacht seine Ansprüche aus dem Vertrag verloren hat? Burchardi im civ. Archiv XVIII. Nr. 16. leugnet dies wegen l. 50. de act. emti vend. (19, 1): Bona fides non patitur, ut cum emtor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur, et re sua careret; possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem emtor exceptionem rei venditae et traditae objiciat, ut perinde habeatur, ac si petitor ei neque vendidisset neque tradidisset. Auf die Hypothese, daß Labeo hierbei gerade an die Strafe der Selbsthilfe gedacht habe, indem diese doch wohl nicht erst durch Marcus, sondern schon früher und zwar wahrscheinlich durch die lex Julia de vi eingeführt sei, auf diese völlig grundlose Hypothese, sage ich, legt Burchardi selbst wohl kein Gewicht, denn in der That hängt wenig davon ab, ob Labeo gerade an diesen Fall gedacht hat, oder nicht, wenn nur die allgemeinen Worte Labeo's möglicher Weise darauf bezogen werden können. Gerade dies muß geleugnet werden, denn wenn der eigenmächtige Verkäufer damit bestraft wird, daß er den Kaufpreis nicht fordern darf, so kann man doch in einem solchen Falle ohne Umkehrung der Begriffe gewiß nicht sagen, der Käufer sei *beneficio* legis von seiner Verbindlichkeit befreit worden. Offenbar bezieht sich vielmehr der Ausspruch Labeo's nur auf solche Fälle, in denen ein Gesetz in favorem debitoris eine Verbindlichkei aufhebt, und zwar dachte der Jurist wohl vorzüglich, wie auch mit Cujacius observ. lib. XI. c. 40. die Meisten annehmen, an die novae tabulae (vgl. auch *Schütze,* de legis beneficio quale extat in fr. 50. D. de act. emt. Kil. 1853, welcher an Befreiung durch capit. deminutio denkt, aber schwerlich mit Recht, siehe auch Keller in Bekker's Jahrb. IV. S. 355). Was nun in solchen Fällen sehr natürlich ist, daß nämlich der Verkäufer auch seine noch nicht tradirte Sache

zurückbehalten kann, würde in unserm Falle völlig verkehrt sein, da ja dann von einer Strafe für den Verkäufer eigentlich gar nicht mehr die Rede wäre.

An dieses decretum D. Marci schloß sich nun, abgesehen von einigen speziellen spätern Verordnungen, die generelle Konstitution von Valentinian, Theodos und Arcadius in l. 7. C. unde vi an, wornach derjenige, welcher gewaltsam seine Sache dem Besitzer entreißt, das Eigenthum daran verlieren soll, so wie derjenige qui *alienarum* rerum possessionem invaserit außer der Rückgabe der Sache selbst, noch mit Bezahlung des Werths der Sache gestraft werden soll. Abgesehen davon, daß diese Verordnung sich von dem Inhalt des Dekrets hauptsächlich dadurch unterscheidet, daß in ihr von Eigenthum, in dem Dekret aber von Forderungsrechten die Rede ist (— ganz falsch ist das Verhältniß dieser beiden Gesetze von Linde a. a. O. S. 404 fgg. dargestellt, wenn er annimmt, in dem decretum sei von beweglichen, in der l. 7. cit. von unbeweglichen Sachen die Rede, vgl. dagegen auch Fritz, Erläutrungen S. 129 fgg., Benfey S. 7, S. 34 fgg., Schwarze a. a. O. S. 128 fgg. —), so findet sich auch noch der andre Unterschied, daß hier wahre Gewaltthätigkeit, nicht blos Eigenmächtigkeit vorausgesetzt wird. Zwar leugnen dies Viele, z. B. auch Linde S. 408 fgg., Fritz S. 131, Sintenis, praktisches Zivilrecht I. S. 247. Note 12, aber gewiß mit Unrecht, denn die Ausdrücke in l. 7. cit.: „si quis in tantam furoris pervenerit audaciam“ und „violenter“ deuten doch gewiß bestimmt genug auf wahre Gewaltthat hin, und auch gute innere Gründe lassen sich für diesen Unterschied zwischen Eigenthum und Forderungsrecht anführen, siehe auch Benfey S. 39, Schwarze S. 133.

Was die heutige Anwendbarkeit dieser Grundsätze anbelangt, so läßt sich um so weniger daran zweifeln, da dieselben noch durch das Kanonische Recht, c. 18. de praebend. in 6to (3, 4), c. 42. X. de appell. (2, 28) und durch deutsche Reichsgesetze bestätigt sind, C. G. O. von 1521. Tit 32. §. 2, R. A. von 1532. Tit. 3. §. 15. Es ist daher nur eine offenbar verwerfliche Willkür einiger Wenigen, wenn sie die praktische Anwendbarkeit jener Privatstrafe leugnen, eine Willkür, gegen welche sich Theorie und Praxis gleich sehr erklärt haben, vgl. Linde S. 431 fgg. und die dort in Menge Angeff.

III. Von der Retention insbesondere. §. 134.

G. L. Böhmer, de jure retentionis ejusque effectu. Goett. 1774 (auch in dessen Elect. jur. civ. tom. II. ex. 13); Fasel ius, Versuch einer system. Darst. der Lehre vom Retent. Recht. Halle 1790, 2. Ausg. 1793; Schenk, die Lehre von dem Ret. Recht nach gem. Rechte. Jena 1837; Luden, das Retent. Recht. Leipzig 1839; Sintenis, prakt. Zivilr. II. S. 167 fgg.; Cramer im ziv. Arch. XXXVII. S. 305 fgg. S. 415 fgg.; Lenz in Weiske's Rechtslex. IX. S. 377 fgg.; Zaun im prakt. Arch. IV. S. 369 fgg.;

Groskopf, zur Lehre vom Retentionsrecht. Oldenburg 1858. Vgl. auch prakt. Arch. III. S. 443 fgg.

Abschnitt II.

Von den Klagen.

Inst. IV. 6. de actionib.; Dig. XLIV. 7, Cod. IV. 10. de obligationibus et actionibus.

Donelli, comment. ad tit. J. de actionib. Antw. 1584 (in opp. tom. VI.).

Bachov, tract. de actionib. Francf. 1623.

Böhmer, doctr. de actionib. edit. noviss. Francf. 1787.

Schmidt, prakt. Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden, 8te von Martin besorgte Ausgabe. Jena 1823.

C. G. Schmidt's theoret. prakt. Kommentar über seines Vaters Lehrbuch. 5 Bde. 2te Ausg. Leipzig 1800 fgg.

W. H. Puchta, über die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitigkeiten der Landeigenthümer. Gießen 1833. 2. Aufl. 1840.

Hasse (d. J.), über das Wesen der actio; im Rhein. Mus. VI. S. 1 fgg., S. 154 fgg.

Savigny, System Bd. V. S. 1 fgg.

Wächter, zur Lehre von den Klagen; in dessen Erörtr. aus dem röm., deutschen und Würtemb. Privatr. Heft II.

Bonjean, traité des actions. 2 voll. Paris 1845.

K. Sell, allgem. röm. Aktionenrecht, für seine Vorlesungen bearbeitet. Bonn 1848.

Keller, der röm. Civilproceß und die Actionen in summar. Darstellung. 2. Ausg. Leipzig 1855. §. 28 fgg. §. 74 fgg. §. 87 fgg.

Windscheid, die Actio des röm. Civilrechts vom Standpunkte des heut. Rechts. Düsseldorf 1856.

Muther, zur Lehre von der röm. Actio, d. heut. Klagr., d. Litiscont. und d. Singularsucc. in Obligatt. Eine Kritik des Windscheid'schen Buchs: die Actio u. s. w. Erlangen 1857.

Windscheid, die Actio. Abwehr gegen Dr. Th. Muther. Düsseldorf 1857.

Rudorff, Rechtsgeschichte II. §. 20 fgg. bes. §. 35 fgg.

I. Begriff. §. 135.

1) *Cels.* l. 51. de O. et A.: Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi. Cf. pr. J. de act.

2) *Ulp.* l. 37. eod.: Actionis verbo continetur in rem, in personam, directa, utilis, praejudicium, sicut ait Pomponius, stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum, et si quae similes sunt. Interdicta quoque actionis verbo continentur. Vgl. l. 1. de except.: Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in excipiendo actor est. *Paul.* rec. sent. l. 7. §. 1: Integri restitutio est redintegrandae rei vel causae *actio.*

3) *Ulp.* l. 178. §. 2. de V. S.: *Actionis* verbum et speciale est et generale, nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio; sed plerumque *actiones* personales solemus dicere, *petitionis* autem verbo in rem actiones significari videntur; *persecutionis* verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utputa fideicommissorum, et si quae aliae sunt, quae non habent juris ordinarii exsecutionem.

II. Hauptarten.

1) Actiones in rem und in personam; actiones quae mixtam causam habent. §. 136.

Bekker, über die actiones in rem; in seinem und Muther's Jahrb. IV. S. 178 fgg.

1) §. 1. J. de actionib. (4, 6): Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur; aut enim *in rem* sunt, aut *in personam.* Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, et aliis quibusdam modis; aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen

alicui de aliqua re controversiam; quo casu proditae actiones in rem sunt. — 2) *Ulp.* l. 25. pr. de O. et A.: Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habet. — Vgl. oben §. 113.

3) *Ulp.* l. 9. §. 8. quod met. causa gestum erit (4, 2): Quum autem haec actio [quod metus caus.] *in rem sit scripta,* nec personam vim facientis coërceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est: non immerito Julianus a Marcello notatus est scribens, si fidejussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem, sed fidejussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. Sed est verius, quod Marcellus notat, etiam adversus reum competere hanc actionem, *quum in rem sit scripta.* Vgl. Schmidt (von Ilmenau), über die Natur der s. g. in rem scriptae actiones; in dessen zivil. Abhh. I. Nr. 1.

Anm. Zu den gemischten Klagen, deren Existenz auch noch h. z. T. nicht selten behauptet wird, vgl. z. B. Glück III. S. 604 fgg., Duroi im ziv. Arch. VI. S. 428, Reinhardt, Ergänz. zu Glück I. S. 429 fgg., Hasse a. a. O. S. 172, rechnet man gewöhnlich die Theilungsklagen, wofür man sich auf §. 20. J. de actionib. beruft: Quaedam actiones *mixtam causam obtinere videntur,* tam in rem, quam in personam. Qualis est familiae herciscundae actio — — item communi dividundo — —, item finium regundorum — —. In quibus tribus judiciis permittitur judici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adjudicare, et si unius pars praegravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare; und wohl auch die *hereditatis petitio,* wofür man l. 7. C. de H. P. (3, 31) anführt: Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri, nemini incognitum est, cum *mixtae personalis actionis* ratio hoc respondere compellat. A caeteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse manifestum est, si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit. — Vgl. darüber v. Löhr im Magaz. IV. Nr. 2.

2) Präjudizialklagen. §. 137.

§. 13. J. de actionib. (4, 6): Praejudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber,

vel libertus sit, vel de partu agnoscendo. Vgl. *Gai.* IV. 44: Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praejudicialibus formulis, qualis est, qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae complures. (Durch diese letztere Stelle ist denn auch die früher nicht verstandene und deßhalb bitter getadelte Erklärung von Theophilus IV. 6. §. 13. vollkommen gerechtfertigt). — Duroi im civ. Archiv VI. S. 406 fgg., Zimmern, Rg. III. §. 69, Savigny V. S. 19 fgg., *Bonjean* l. c. vol. II. p. 249 sqq., Keller, Civilproc. §. 38, *Buelow*, de praejudicialibus formulis. Vratisl. 1858, Rudorff, Rechtsgesch. II. §. 34.

3) Actiones vulgares und in factum; actiones directae und utiles. §. 138.

1) *Papinian.* l. 1. pr. de praescript. verb. et in factum actionib. (19, 5): Nonnunquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, quum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur. — 2) *Cels.* l. 2. eod.: nam, quum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est. — 3) *Pompon.* l. 11. eod: Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet praetor in eo, quod legi deest; quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae; idque utilitas ejus legis exigit. — Mühlenbruch, Zessicn §. 15. S. 155 fgg., Zimmern, Rg. III. §. 54, Hasse a. a. O. S. 34 fgg., Heimbach in der Gieß. Zeitschrift XI. 8, Savigny a. a. O. §. 216. 217, Puchta, Kursus der Institutionen II. §. 165. S. 115 fgg., Wächter a. a. O. S. 34 fgg., *Bonjean*, l. c. tom II. p. 39 sqq., Keller §. 33. 89.

4) *Ulp.* l. 21. de praescr. verb. (19, 5): Quoties deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est. — 5) *Paul.* (?!) l. 47. §. 1. de negot. gestis. (3, 5): Nec refert, directa quis, an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime quum utraque actio ejusdem potestatis est, eundemque habet effectum. — Vgl. Mühlenbruch,

Zession §. 15. S. 147 fgg., Zimmern, Rg. III. §. 54, Savigny a. a. O. §. 215, *Bonjean* l. c. vol. II. p. 33 sqq., Keller §. 89. Siehe auch Daniel, der Legisaktionen- und Formular-Prozeß. Schwerin 1859. S. 124 fgg.

Anm. Nicht zu verwechseln mit der Eintheilung der Klagen in actiones vulgares und in factum ist die andre, im Justinianischen Rechte freilich veraltete, wornach dieselben bald eine formula in jus concepta, bald eine formula in factum concepta hatten. Cf. *Gai.* IV. §. 45: Sed eas quidem formulas, in quibus de jure quaeritur, in jus conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus, nostrum esse aliquid ex jure Quiritium, aut nobis dari oportere, aut pro fure damnum decidi oportere, in quibus juris civilis intentio est. (§. 46): Caeteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est; sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adjiciuntur ea verba, per quae judici damnandi absolvendive potestas datur. — — (§. 49.) Sed ex quibusdam causis praetor et in jus et in factum conceptas formulas proponit, velut depositi et commodati; illa enim formula, quae ita concepta est: „Judex esto. Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona ejus, id judex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato n. r. [i. e. nisi restituat, vgl. Huschke, Studien S. 316], si non paret absolvito“, in jus concepta est. — At illa formula, quae ita concepta est; „J. E. Si paret, Am. Am. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Ni. Ni. Ao. Ao. redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato, si non paret, absolvito“, in factum concepta est. — Ein Zusammenhang der actiones in factum und der formulae in factum conceptae ist nun allerdings insofern erkennbar, als alle actiones in factum im eminenten Sinn auch eine form. in factum conc. hatten, umgekehrt aber hatten gewiß die actiones in factum civiles (die act. praescript. verb.), eine form. in jus conc., denn abgesehen von manchen Nebengründen geht dies insbesondere aus l. 6. de praescr, verb. hervor, wo bei solchen Klagen von einer civilis intentio die Rede ist, und aus §. 28. J. de actionib., wo dieselben zu den actiones bonae fidei gerechnet werden, welche Eigenschaft zur Zeit des Formularprozesses durchaus nur bei formulae in jus conceptae vorkommen konnte, Hasse a. a. O. S. 43 fgg.; vgl. auch Zimmern, Rg. III. §. 55. und siehe unten Bd. III. §. 599. Anm. bei Nr. III. — Daß ein und dieselbe Klage bald in jus, bald in factum konzipirt werden konnte, *Gai.* cit. und IV. 60., findet seinen Grund nicht darin, daß nur bei formulae in factum conceptae dem Richter ein arbitrium gegeben werden konnte, wie Hasse S. 34 fgg. annimmt, denn dieses ist entschieden irrig, vgl. auch Savigny a. a. O. S. 86, sondern, soviel wir wissen, hauptsächlich wohl darin, daß ein filiusfamilias zur Zeit des alten Pekulienrechts in eignem Namen nur solche Aktionen anstellen durfte, welche durch form. in fact. conc. eingeleitet wurden, l. 13. de O. et A., vgl. mit l. 9 eod., vgl. Mühlenbruch, Zess. S. 156. Note 313,

Zimmern, Rg. III. S. 164, Hasse a. a. O. S. 39 fgg., Savigny S. 84. Ob aber eine actio mit einer form. in jus oder in fact. conc. eingeleitet wurde, war auch noch insofern von Einfluß, als nur bei der ersten Fassung die litis contestatio eine novatio necessaria enthielt, *Gai.* IV. 107, Keller, Lit. Kont. §. 12, Hasse S. 37 fgg., und als bei formula incerta nur dann eine plus petitio möglich war, wenn sie in factum, nicht, wenn sie in jus konzipirt war, *Gai.* IV. 60, Keller cit. §. 33. Note 14, Hasse S. 38 fgg.

4) Actiones bonae fidei, stricti juris, condictiones. §. 139.

Gans, über röm. Obligationenrecht. Heidelberg 1819. Abh. I. und II., in Verb. mit der Rezension von Mühlenbruch in den Heidelberger Jahrbüchern 1821. S. 42 fgg., *Stever*, de summario Romanor. judicio seu de stricti jur. et b. f. actionibus. Lips. 1822, Zimmern, Rg. III. §. 60 fgg., Mayer, die Litis-Kontestatio. Stuttgart 1830. S. 73 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschrift I. S. 71 fgg., Hasse a. a. O. S. 52 fgg., *Bachofen*, de Romanor. judiciis civilib., de legis actionib., de formulis et de condictione. Gott. 1840. p. 172 sqq., Savigny, System V. S. 101 fgg., besonders S. 461 fgg. (Beilage XIII.: Stricti juris, bonae fidei actiones) und S. 503 fgg. (Beilage XIV.: die Kondiktionen), Puchta, Kurs. der Institut. II. §. 165, III. §. 269, Wächter, Erörtr. II. Nr. 11, Heimbach, von dem Wesen und dem Kreise der strengen Geschäfte und der incerti condictio; in der Gießer Zeitschrift n. F. VI. S. 66 fgg., S. 145 fgg., Ders. die Lehre von dem Kreditum. Leipzig 1849. S. 83 fgg., S. 553 fgg., Keller §. 88, Rudorff §. 40. 42. Vergl. auch *Bonjean* l. c. tom. II. p. 216 sqq., p. 262 sqq., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 267 fgg., *Goetz*, meditt. de condictionum doctr. spec. I. et II. Lips. 1856.

§. 28. J. de actionib.: Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti juris. Bonae fidei sunt hae: ex emto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoraticia, familiae herciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei judicia connumeranda sit hereditatis petitio, sive non, nostra tamen constitutio (l. ult. C. de H. P.) aperte

eam esse bonae fidei disposuit. §. 29. Fuerat antea et rei uxoriae actio una ex bonae fidei judiciis, sed quum pleniorem esse actionem ex stipulatu invenientes omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus: merito rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit. — §. 30. In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex aequo et bono aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti juris judiciis ex rescripto D. Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur.

Anm. I. Unter den, aus Rechtsgeschäften hervorgehenden actiones in personam, welche eine formula in jus concepta hatten, wurden zwei Arten von Klagen einander entgegen gesetzt, deren gerichtliche Behandlung eine sehr verschiedene war. Während nämlich in der Regel die intentio einfach auf ein dare oportere, oder auf ein dare facere oportere gerichtet war (s. unten Nr. III.), kam bei einer Anzahl von Klagen noch ein mildernder Zusatz vor, nämlich: *ex fide bona* („quidquid Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona"), *Gai.* IV. 47, Cic. Top. c. 17, de offic. III. c. 15. 16. 17, oder wohl auch: *ut inter bonos bene agier oportet* (namentlich bei dem judicium fiduciae), Cic. Top. c. 17. de offic. III. c. 15. ad Familiar. VII. 12, oder auch: *quantum s. quod aequius melius* (namentlich bei der actio rei uxoriae) Cic. l. c. Die Klagen der erstren Art heißen *stricti juris actiones,* auch *actiones stricti judicii,* l. 5. §. 4. de in lit. jur. (12, 3), auch *stricta judicia* §. 30. J. de act., bei Cic. pro Rosc. Com. c. 4. *judicia* schlechthin, in der Sprache der klassischen Juristen gewöhnlich *condictiones;* die Klagen der zweiten Art dagegen heißen *bonae fidei actiones,* bei Cic. pro Rosc. Com. c. 4. auch *arbitria.* Es bestand aber der wesentliche Gegensatz jener Klagen, wie schon jener Zusatz in der intentio und diese Terminologie beweisen, im Allgemeinen darin, daß bei den str. jur. actiones nach dem Buchstaben des formellen Rechts entschieden werden mußte, während bei den b. f. actiones das officium judicis viel freier war, und die aequitas und bona fides ein wesentliches Element der Entscheidung bildeten, vgl. auch Cic. pro Rosc. 4:

> „Quid est in judicio? directum, asperum, simplex, *si paret H—S IↃↃↃ dari oportere* — — Quid est in arbitrio? mite, moderatum, *quantum aequius melius, id dari*",

Top. c. 17. de offic. III. c. 15—17, vgl. auch l. 29. §. 4. mandati (17, 1): *Ulp.* „— — de bona fide enim agitur, cui non congruit, de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit, nec ne".

(Die meistens, selbst auch noch von Savigny S. 102. ebenfalls hierher gezogene Stelle von Seneca de benef. III. c. 7. gehört nicht hierher, da hier unter dem arbiter dem ganzen Zusammenhang nach nur ein Schiedsrichter verstanden werden kann, und damit fällt denn auch die Hauptstütze der Savigny'schen Meinung weg, daß nur bei strengen Klagen der judex aus dem album habe genommen werden müssen, s. dagegen auch Puchta, Kursus der Instit. II. §. 154. not. dd.) — Im Einzelnen bestanden aber die bedeutenderen praktischen Verschiedenheiten zwischen beiden Arten der Klagen im Folgenden:

1) Bei b. f. actiones findet eine viel freiere Beurtheilung des der Klage zu Grunde liegenden Geschäfts Statt, indem der Richter hierbei nicht an den starren Wortausdruck gebunden ist, wie dieses bei strengen Geschäften die Regel bildet, vgl. z. B. l. 99. de V. O. (45, 1), sondern vielmehr in voller Freiheit das von den Partheien wirklich Gewollte zu ermitteln hat, l. 7. de neg. gest. (3, 5):

> *Paul.* „— — tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio",

und dabei namentlich auch das bei solchen Geschäften nach Ortsgebrauch Uebliche zu berücksichtigen hat, l. 31. §. 20. de aed. ed. (21, 1):

> *Ulp.* „— — ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire".

2) Die b. f. actio ist mehrfach aus Gründen statthaft, aus denen eine str. jur. actio nicht angestellt werden kann. So ist dies namentlich der Fall, wenn bei dem Geschäft ein *dolus* oder *metus* vorkommt, indem hier bei einem b. f. negotium unbedenklich die Kontraktsklage gebraucht werden kann, während bei einem str. jur. negotium ursprünglich gar nicht geholfen wurde, und auch im neuesten römischen Rechte die Kontraktsklage niemals Statt findet, sondern besondre Rechtsmittel wegen Zwangs oder Betrugs gebraucht werden müssen, vgl. auch unten §. 185. Anm. und §. 605. Anm. — Und eben so ist dieses der Fall, wenn bei einem Geschäfte ein *pactum adjectum* vorkommt, denn ist dies ein negotium bonae fidei, so kann die Kontraktsklage auch auf den Inhalt des Nebenvertrags gerichtet werden („pacta in continenti adjecta contractui insunt"), während dies bei einem negotium stricti juris der Regel nach nicht der Fall ist, l. 51. §. 5. de pact. (2, 14); doch kommen im späteren Rechte, namentlich bei Stipulationen, Milderungen dieses strengen Grundsatzes vor, vgl. bes. l. 40. de R. C. (12, 1), und s. Savigny, System VI. S. 127 fgg., Heimbach in der Gießer Zeitschrift a. a. O. S. 112 fgg.

3) Wichtig wird auch der Unterschied in Betreff der Verurtheilung in die *omnis causa* (Früchte und anderweite Erweiterungen). Wenn freilich die actio in personam auf eine *repetitio* geht, also auf Rückerstattung einer aus dem Vermögen des Klägers gekommenen Sache, so gilt ohne Unterscheidung zwischen strengen und freien Klagen die allgemeine Regel, daß die omnis causa schon von Anfang an ersetzt verlangt werden kann, l. 38. §. 1—6. de usur. (22, 1), l. 15. pr., l. 26. §. 12, l. 65. §. 5. de cond. indeb. (12, 1), l. 7. §. 1, l. 12. de cond. caus. dat. (12, 4), l. 8. §. 2. de cond. furt. (13, 1); und eben so ist es, wenigstens nach dem zur Zeit der Pandekten-Juristen geltenden

Rechte, entschieden, daß für die Zeit nach der Litis=Kontestation kein Unterschied Statt findet zwischen strengen und freien Klagen, indem hier bei beiden die Verurtheilung in die omnis causa Statt findet, l. 31. pr. de R. C. (12, 1), l. 38. §. 7. de usur. (22, 1), vgl. unten §. 160. Anm. bei IV. 2. Abgesehen von diesen beiden Fällen muß aber allerdings zwischen beiden Klagarten unterschieden werden, indem bei einem b. f. negotium Früchte und anderweite Erweiterungen von Anfang an gefordert werden können, l. 38. §. 8. und §. 15. de usur.:

Paul. „In caeteris quoque bonae fidei judiciis fructus omnimodo praestantur",

während dies bei str. jur. negotia so wenig der Fall ist, daß sogar die Mora des Schuldners hierbei unberücksichtigt bleibt, l. 38. §. 7. de usur.:

Paul. „Si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiamsi mora facta sit";

vgl. auch l. 22. de donat. (39, 5). Bei der condictio *incerti* scheint jedoch die spätere Theorie von diesem strengen Grundsatze abgegangen zu sein, denn während in l. 3. §. 1. de A. E. V. (19, 1) Pomponius noch entschieden daran festhält, läßt Papinian in l. 4. pr. de usur. allerdings eine Verurtheilung in die Früchte zu („ratio suadet", „potest dici"), und wenn Heimbach in der Gießer Zeitschrift a. a. O. S. 119. Not. 95. beide Stellen dadurch vereinigen zu können glaubt, daß er die l. 4. cit. von einem Falle der repetitio auffaßt, so ist dies offenbar unzulässig, da hier, wie aus dem Fortgang der Stelle unzweideutig hervorgeht, eben so, wie in der l. 3. §. 1. cit. von einer stipulatio des Käufers die Rede ist.

4) Während bei str. jur. actiones die Regel galt, daß der judex durchaus nur diejenigen Exzeptionen berücksichtigen durfte, die ausdrücklich in die formula aufgenommen waren: so durfte der arbiter, vermöge der allgemein auf Berücksichtigung der bona fides lautenden Instruktion, auf die exceptio doli auch dann Rücksicht nehmen, wenn sie gar nicht in jure, sondern erst vor ihm vorgebracht war, denn „exceptio doli b. f. judiciis inest", l. 21. sol. matr. (23, 3), l. 84. §. 5. de legat. I., l. 3. de resc. vend. (18, 5), und die Bedeutung dieses Grundsatzes wird von selbst klar, wenn man den außerordentlich weiten Umfang der exceptio doli [generalis] dabei ins Auge faßt (vgl. unten §. 155. Anm. 2). Uebrigens versteht es sich von selbst, daß der hier angedeutete Unterschied zwischen den beiden Klagarten nur für eigentliche exceptiones im römischen Sinne des Worts begründet war, denn Thatsachen, wodurch das klägerische Recht ipso jure zerstört wird, mußten begreiflich auch bei einem str. jur. judicium ohne spezielle Instruktion berücksichtigt werden, und solche Thatsachen wurden daher auch niemals in die formula aufgenommen.

5) Bemerkenswerthe Verschiedenheiten zwischen beiden Klagarten kommen auch vor in Betreff des *jusjurandum in litem*, vgl. darüber unten §. 171. Anm., und in Betreff der Zeit der Schätzung, indem bei str. jur. actiones der Zeitpunkt der Lit.=Kontestation, bei b. f. actiones dagegen der Zeitpunkt der Kondemnation entscheidet, vgl. darüber unten §. 160. Anm. bei IV. 3. Daß aber auch in Betreff der Schätzung noch der andre Unterschied Statt finde, daß

der Richter bei einer b. f. actio auch das Affektions-Interesse des Klägers in Anschlag bringen könne, wie z. B. selbst noch Savigny S. 466 annimmt ist gewiß unrichtig, vgl. unten Bd. III. §. 573. Anm. 3. a. E.

6) Wenn bei einem negotium str. jur. ein bestimmter Zahlungsort festgesetzt war, so galt die Regel, daß die Klage gerade nur an diesem bestimmten Orte angestellt werden konnte, wenn der Kläger nicht wegen pluspetitio abgewiesen werden wollte, l. 1. de eo quod certo loco (13, 4), und um den daraus nothwendig hervorgehenden Inkonvenienzen zu begegnen, mußte der Prätor eine eigne arbitraria actio (die jetzt s. g. actio de eo quod certo loco) einführen, die dann statt der unzulässigen str. jur. actio auch an einem andren Orte angestellt werden durfte, und wobei der judex das interesse loci zu berücksichtigen hatte, t. t. D. de eo quod certo loco (13, 4), §. 33. J. de act. (4, 6). Bei b. f. negotia fällt aber diese Klage von selbst hinweg, da hier stets die Klage aus dem Geschäfte selbst auch an jedem andren Orte angestellt werden konnte, l. 7. de eo quod certo loco. Vgl. die literärischen Nachweisungen über diese früher häufig mißverstandenen Grundsätze unten bei §. 584.

7) Endlich muß auch noch als ein spezifisches Merkmal der str. jur. actio die strenge Einseitigkeit hervorgehoben werden, indem aus einem Geschäfte mit einer str. jur. actio immer nur auf einer Seite eine Klage begründet sein kann, während umgekehrt aus einem b. f. negotium stets auf beiden Seiten Klagen möglich sind, entweder auf beiden Seiten directae actiones (z. B. emtio venditio, locatio conductio etc.), oder doch directa und contraria actio (z. B. commodatum, depositum etc.). Der vollständigste Beweis für die Wahrheit des hier angedeuteten Unterschieds liegt darin, daß sich die Sache wirklich gerade so bei allen einzelnen actiones stricti juris und bonae fidei verhält, (vgl. nachher bei II.), aber er wird auch überdies mehrfach in den Quellen hervorgehoben, vgl. z. B. Cic. de offic. III. 17, Gai. III. 137, Theoph. III. 22, und besonders Schol. 2. ad Basil. XI. 1. fr. 7. bei Heimb. I. p. 563. und gewiß mit Recht heben daher die meisten Neueren gerade diese Verschiedenheit zwischen beiden Klagarten als eine der wichtigsten und bedeutsamsten hervor, vgl. z. B. Gans a. a. O. S. 15 fgg., Marezoll in der Gießer Zeitschrift X. S. 303 fgg., Wächter a. a. O. S. 77 fgg., und besonders Heimbach in der Gießer Zeitschrift a. a. O. S. 97 fgg., während die dagegen erhobenen Bedenken Savigny's a. a. O. S. 508 fgg. sicher unerheblich sind. — Im früheren Rechte ging sogar jene Einseitigkeit der str. jur. actiones so weit, daß nicht einmal auf dem Wege der Einrede ein Gegenanspruch geltend gemacht werden konnte, was jedoch später allerdings geändert wurde: vgl. unten Bd. III. §. 618. Anm. 1.

II. In Betreff der Frage, welche Klagen zu der einen oder andren Art der Klagen gehörten, herrschten früher die größten Irrthümer, vgl. z. B. die Nachweisungen bei Heimbach in der Gießer Zeitschrift a. a. O. S. 159 fgg., und erst neuere Untersuchungen, besonders von Gans S. 25 fgg. und Savigny S. 511 fgg. haben zu befriedigenden Aufschlüssen geführt, vgl. auch Wächter S. 77 fgg. Die wesentlichen Ergebnisse dieser neuen Untersuchungen sind folgende:

1) Vor allen Dingen muß man sich hüten, diese Eintheilung für eine, alle Klagen erschöpfende zu halten, indem sie vielmehr nur auf einen verhältnißmäßig kleinen Kreis von Klagen beschränkt ist. In die Sphäre dieser Eintheilung fallen nämlich nur die Klagen mit einer *formula in jus concepta,* und es sind also von vorneherein ausgeschlossen die actiones honorariae und die persecutiones. Aber nicht einmal alle actiones in jus conceptae fallen in diese Eintheilung, sondern nur die *actiones in personam*, und unter diesen sehr wahrscheinlich auch wieder nur diejenigen, welche aus Rechtsgeschäften (Kontrakten oder kontraktsähnlichen Verhältnissen) hervorgehen, so daß also auch alle actiones in rem, und wahrscheinlich alle, selbst auch die zivilen, Deliktsklagen weder stricti juris noch bonae fidei sind.

2) In dieser engen Sphäre sind nun die actiones bonae fidei in der als Text abgedruckten Institutionen-Stelle vollständig aufgeführt, nur daß hier für die ältere Zeit noch die actio fiduciae zugefügt werden muß, Cic. de off. III. 15. 17, ad Familiar. VII. 12, Gai. IV. 62, und daß die actio praescriptis verbis nicht blos in den beiden, von Justinian allein hervorgehobenen Fällen, sondern allgemein hierher gehört, vgl. unten §. 599. Anm.

3) Actiones stricti juris sind nun folgende:

a) die Klage aus einer verborum obligatio, also aus einer Stipulation, deren strenge Natur wohl noch von Niemanden bezweifelt ist, vgl. auch z. B. Cic. pro Rosc. Com. 5, l. 9. §. 3. de R. C. (12, 1), l. 5. §. 4, l. 6. de in lit. jur. (12, 3), l. 103. de V. O. (45, 1), l. un. §. 2. C. de rei ux. act. (5, 13). Dabei kann auch kein Unterschied gemacht werden zwischen einer stipulatio certa und incerta, denn der Umstand, daß nur die Klage aus der erstren *condictio* (certi) genannt wurde, während die Klage aus der letztren den technischen Namen *actio* ex stipulatu hatte, ist doch offenbar unerheblich.

b) Hierher gehörte auch die Klage aus einer literarum obligatio, also aus der *expensilatio*, Cic. pro Rosc. Com. 5. de off. III. 17. Die an ihre Stelle, unpassend genug, eingeschobene neue literarum obligatio des Justinianischen Rechts, soll ebenfalls eine condictio, also eine actio str. jur. erzeugen, pr. J. de lit. obl. (3, 21), die aber doch gewiß nichts anderes ist, als die condictio mutui.

c) Ferner gehörte zu den actiones stricti juris die actio *ex testamento,* sowohl in dem Falle eines legatum per damnationem, als auch sinendi modo, Gai. II. 204. 213, l. 9. §. 1. de R. C. (12, 1), l. 6. de in lit. jur. (12, 3), l. 50. de O. et A. (44, 7), l. 23. de V. O. (45, 1). Die Ansicht Marezolls in der Gießer Zeitschrift IX. S. 100, daß die actio ex testamento dann, wenn ein incertum legirt worden sei, zu den bonae fidei actiones gehört habe, ist entschieden verwerflich, vgl. auch Wächter S. 88. Not. 55, Heimbach in der Gießer Zeitschr. a. a. O. S. 174 fgg. — Die Klage aus einem Fideikommiß war aber bekanntlich eine persecutio, und also weder stricti juris noch bonae fidei, obwohl sie materiell gewiß unter den Grundsätzen der freien Klagen stand, und daraus geht dann von selbst hervor, daß seit der Justinianischen exaequatio legatorum et fideicommissorum, l. 2. C. comm. de leg. (6, 48) die actio ex testamento nicht mehr zu den str. jur. actiones gerechnet werden kann.

d) Die condictio *ex mutuo* und die übrigen condictiones *datorum*, nämlich die cond. indebiti, causa data causa non secuta, ob turpem causam und sine causa, vgl. unten §. 623—628.

e) Die condictio *ex injusta causa* (§. 627. Anm.) und die cond. *furtiva* (§. 679). Eben so, wie diese letztre Klage, muß doch wohl auch die *actio rerum amotarum* zu den str. jur. actiones gezählt werden, denn l. 26. de act. rer. amot. (25, 2) sagt geradezu: „rerum amotarum actio condictio est", vgl. auch l. 24. eod., Gans a. a. O. S. 43 fgg. Wenn Heimbach S. 168 fgg. dagegen einwendet, daß diese Klage nach l. 2. C. rer. amot. (5, 21) eine actio honoraria mit einer formula in factum concepta sei, und deßhalb nicht zu den Kondiktionen gehört haben könne: so halte ich dieses für unbegründet, denn aus l. 2. C. cit. kann höchstens gefolgert werden, daß im Prätorischen Edikte eine formula für die a. rer. amot. proponirt war, wodurch die Klage natürlich nicht zu einer honoraria wird, und aus den Schlußworten dieser Stelle, wornach im Gegensatz zu der *a. rer. amotar.*, für die Zeit während bestehender Ehe eine *actio in factum* angeführt wird, muß gewiß gefolgert werden, daß die a. rer. amot. keine actio in factum ist. Ueberdies ist aber auch die Auslegung der l. 26. cit., welche Heimbach vorschlägt, „wegen res amotae finde auch eine condictio Statt" gewiß unstatthaft.

f) Endlich werden auch noch condictiones *ex lege* angeführt, und zwar sagt hierüber Paulus in der l. un. de cond. ex lege (13, 2):

> „Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est".

Welche argen Mißbräuche man hiermit getrieben, und wie man nicht selten eine jede Klage, für welche man keinen besondren Namen wußte, unter die bequeme Rubrik: condictio ex lege (auch wohl ex canone, ex moribus) brachte, ist bekannt genug, vgl. z. B. Glück XIII. S. 337 fgg. Verbindet man mit den ausgezogenen Worten die Titelrubrik, so will Paulus gewiß Folgendes sagen: wenn ein neues Gesetz eine obligatio einführt, und dabei keine Bestimmungen über die Klagart vorkommen, so muß die Klage als eine condictio gelten, d. h. ihre intentio muß auf eine dare oportere oder auf ein dare facere oportere (ohne den Zusatz ex fide bona) gerichtet werden. Uebrigens kommen nur wenige Beispiele in unsren Quellen vor, die mit Sicherheit zu den condictiones ex lege gezählt werden können, vgl. §. 24. 25. J. de act. (4, 6), l. 27. §. 15. 16, l. 28. ad leg. Jul. de adult. (48, 5), l. ult. §. 1. C. de hered. pet. (3, 31), l. ult. §. 6. C. de jure delib. (6, 30). Damit soll aber keineswegs gesagt sein, daß es nicht auch noch andre condictiones ex lege gebe; vielmehr ist es gewiß ganz im Sinne der Justinianischen Gesetzgebung, auch z. B. die neuen Klagen aus dem Schenk- und Dotal-Vertrag [l. 35. §. 5. C. de donat. (8, 54), l. 6. C. de dot. prom. (5, 12)], die revokatorische Klage wegen Undankbarkeit des Beschenkten [l. 10. C. de revoc. donat. (8, 56)] u. dgl. m. zu den condictiones ex lege zu zählen. Nur muß man immer festhalten, daß es hierbei nicht darauf ankommt, einen Namen für die Klage zu erhalten, sondern daß die wahre Bedeutung einer solchen Subsumtion die ist, daß die

Klage zu den actiones stricti juris gezählt werden müsse. Vgl. auch Gans S. 25 fgg., Savigny S. 542 fgg., Wächter S. 101 fgg.

Ob auch die zivilen Deliktsklagen (z. B. actio furti nec manifesti, actio legis Aquiliae) zu den stricti juris actiones gerechnet worden seien, ist streitig, indem dies Manche bejahen, z. B. Gans S. 26, Boecking I. S. 577, Wächter S. 89, Andere verneinen, z. B. Savigny S. 567 fgg., Heimbach S. 162 fgg. Da aber diese Verneinung nicht den Sinn hat, daß jene Klagen bonae fidei actiones seien, sondern nur, daß sie ganz außer der Sphäre dieser Eintheilung lägen, da vielmehr umgekehrt von allen Neuern zugestanden wird, daß diese zivilen Deliktsklagen jedenfalls unter den materiellen Grundsätzen der strengen Klagen gestanden haben: so ist dieser Streit offenbar von sehr geringer Erheblichkeit. Meines Erachtens gehörten sie nominell nicht zu den str. jur. actiones oder den condictiones, und zwar deßwegen, weil ihre intentio nicht auf dare oder dare facere oportere, sondern auf ein damnum decidere oportere gefaßt war, vgl. auch arg. l. 36. de O. et A. (44, 7); während sie materiell allerdings zu den strengen Klagen gezählt werden müssen, wie schon, abgesehen von andren Gründen, aus der auch bei ihnen vorkommenden strengen Einseitigkeit gefolgert werden muß. Die einzige Stelle, in welcher eine solche Klage, nämlich die actio legis Aquiliae, als eine condictio bezeichnet zu sein scheint, die l. 9. §. 1. de R. C. (12, 1), läßt eine andere Deutung zu, vgl. Savigny S. 530 fgg., Heimbach, Kreditum S. 97 fgg.

Betrachten wir jetzt nochmals die sämmtlichen Fälle, in denen das römische Recht eine str. jur. actio oder eine condictio annahm, so bewahrheitet sich vollständig, worauf oben am Schluß von Nr. I. aufmerksam gemacht wurde, daß hier überall streng einseitige Rechtsverhältnisse vorkommen, bei denen immer gerade nur Einer der Schuldner, und nur Einer der Gläubiger ist, und wir können daher nicht anstehen, gerade hierin das eigentliche Prinzip der ganzen Eintheilung zu setzen. Die neue, mit Geist und Scharfsinn entwickelte Idee Savigny's S. 107 fgg. S. 511 fgg., wornach das Prinzip des Kondiktionen-Rechts vielmehr sein soll, daß dadurch ein Ersatz für eine aufgegebene oder sonst verloren gegangene Vindikation begründet werden sollte, dient so wenig zur Erkärung, daß sie vielmehr umgekehrt zu ihrer Stütze höchst gekünstelter und gewagter Annahmen bedarf, und dennoch, konsequent durchgeführt, in sehr vielen Punkten mit den Quellen in unauflöslichen Widerspruch tritt, vgl. dagegen auch Wächter S. 78 fgg., Heimbach in der Gießer Zeitschr. a. a. O. S. 135 fgg.

4) Es mußten vorher zahlreiche Klagen aus der Sphäre der hier behandelten Eintheilung ganz ausgeschlossen werden, und dies ist ohne Zweifel für die Terminologie, und im früheren Rechte für die Konzeption der formulae von Erheblichkeit. Aber alle die ausgeschlossenen Klagen sind doch materiell nach den Grundsätzen der einen oder der andern Klagart zu beurtheilen. Von den zivilen Deliktsklagen ist schon oben angedeutet worden, daß sie sehr wahrscheinlich nach dem Vorbilde der stricti juris actiones behandelt wnrden, wenn sie nicht gar wirkliche stricti juris actiones waren. Alle übrigen standen dagegen gewiß im Wesentlichen unter den materiellen Prinzipien der bon. fid. actiones. Namentlich war dieses also der Fall bei den *actiones in rem*, vgl. l. 68. de

R. V. (6, 1), l. 7. si serv. vindic. (8, 5), l. 5. de in lit. jur. (12, 3), l. 91. pr. de V. O. (45, 1), §. 2. J. de off. jud. (4, 1), §. 28. J. de act. (4, 6), l. 12. §. 3. C. de pet. hered. (3, 31); nur wurde nach früherem Rechte vorausgesetzt, daß nicht per sponsionem, sondern per formulam petitoriam prozessirt wurde, indem im erstren Falle gar keine eigentliche actio in rem vorhanden war, Gai. IV. 93. Ferner war dies der Fall bei allen actiones mit einer formula in factum concepta, und insofern also auch bei den *actiones honorariae*, wobei schon der allgemeine Charakter des Prätorischen Rechts für die freiere Behandlung der Klagen entscheidet. Endlich war dieses auch unzweifelhaft der Fall bei den *persecutiones*, indem diese gerade in solchen Rechtsverhältnissen vorkamen, in denen eine freie, von dem strictum jus unabhängige Kognition des magistratus geboten schien. Vgl. Savigny S. 474 fgg. — Ob übrigens bei diesen Klagen in allen Beziehungen die Grundsätze der bonae fidei actiones zur Anwendung kamen, ist keineswegs ausgemacht, und namentlich ist es sehr zweifelhaft, ob die oben bei I. 4. angedeutete Eigenheit der b. f. actiones in Betreff der Exceptionen auch bei actiones in factum und bei vindicationes Platz gegriffen habe, vergleiche auch Zimmern, Rg. III. §. 63a. bei Note 7, Puchta, Kursus der Institutionen II. §. 165. S. 119.

5) Es ist unverkennbar, daß im Laufe der Zeiten die Kondiktionen in mehr als einer Beziehung etwas freier behandelt wurden, und sich einiger Maaßen den bonae fidei actiones annäherten. So zeigt sich dies in der Zulassung der condictio *incerti* (s. nachher bei III.), in der späteren Gestattung mancher früher unzulässigen Exzeptionen, namentlich der exc. doli und der Kompensations-Einrede (s. oben I. 2. und I. 7. a. E.), in der wenigstens bei der condictio incerti später statthaften Verurtheilung in die omnis causa (s. I. 3. a. E.), in der Einführung der actio de eo quod certo loco (I. 6), in der wenigstens subsidiären Zulassung des jusjurandum in litem (§. 171. Anm.) u. dgl. m. In noch höherem Maaße konnte aber eine solche Ausgleichung durch den Willen der Interessenten erfolgen, und zwar namentlich dadurch, daß in die stipulatio die *clausula doli* aufgenommen wurde, in welchem Falle zwar allerdings die actio ex stipulatu nicht zu einer eigentlichen b. f. actio wurde, aber der judex doch im Wesentlichen dieselben Rücksichten zu nehmen hatte, wie bei einem b. f. judicium, vgl. auch §. 185. Anm. und §. 605. Anm. — Wenn aber auch nicht selten behauptet wird, daß durch jede Vorschützung einer exceptio doli eine stricti juris actio zu einer bonae fidei actio werde, vgl. z. B. auch noch Dernburg, Komp. S. 177, so fehlt es für eine solche Behauptung an allen genügenden innern Gründen, und die dafür angeführten Gesetze, nämlich l. 42. pr. de mort. c. donat. (39, 6) und l. 3. C. de exc. (8, 36) enthalten nichts davon; vgl. Keller in der geschichtlichen Zeitschrift XII. S. 400 fgg., Wächter S. 110 fgg., Huschke in der Gießer Zeitschrift. N. F. II. S. 198 fgg. (Was insbesondere die interessante l. 42. cit. anbelangt, so sind die angeführten Interpreten, gewiß mit Recht, darin einverstanden, daß die Worte „bonae fidei autem judicio constituto" nicht auf die vorher erwähnte vindicatio gegen die Seja bezogen werden dürfen, die nun durch die opponirte exceptio doli zu einem bonae fidei judicium geworden sei (!), sondern daß man darunter eine neue

Klage verstehen müsse, welche nach beendigter vindicatio von der Seja gegen die Erben des Titius angestellt sei. Gerade dies ist aber das Wesentliche, und damit ist jeder Schein für die vorher angegebene falsche Behauptung beseitigt. Ueber einen außerwesentlichen Punkt sind aber die Meinungeu getheilt, nämlich über die Frage, an welche Klage man bei diesem neuen b. f. judicium zu denken habe, denn während Keller und Wächter die actio fiduciae im Sinne haben, entscheidet sich Huschke für die actio praescriptis verbis. Mir scheint die letztere Ansicht überwiegende Gründe für sich zu haben, s. auch l. 9. C. de donat. (8. 54).

6) Von den bonae fidei actiones sind übrigens noch zu unterscheiden die ***actiones in bonum et aequum conceptae.*** Bei einigen Rechtsverhältnissen, bei denen es namentlich auf eine Schätzung ankommt, soll nämlich ein Ermessen des Richters eintreten, welches noch viel freier ist, als bei den b. f. judicia, so daß im Allgemeinen sein subjektives Dafürhalten den Ausschlag gibt. Dies wurde in der formula so ausgedrückt, daß der judex verurtheilen solle, „quanti bonum aequum videbitur", und die Klagen hießen deßhalb actiones in bonum et aequum conceptae. Dahin gehören a) die a. *rei uxoriae,* l. 8. de cap. min. (4, 5), l. 66. §. 7. sol. matr. (24, 3), l. 82. de solut. (46, 3), Cic. Top. 17. de off. III. 15. — b) die a. *injuriarum aestimatoria,* l. 11. §. 1, l. 18. pr. de injur. (47, 10), l. 34. pr. de O. et A. (44, 7). — c) die a. ***sepulchri violati,*** l. 3. pr., l. 6. 10. de sep. viol. (47, 12), l. 20. §. 5. de adqu. her. (29, 2). — d) die actio *de effusis,* l. 1. pr., l. 5. §. 5. de his qui effud. (9, 3). — e) die a. *aedilitia* wegen Verwundung eines freien Menschen, l. 42. de aedil. ed. (21, 1), §. 1. J. si quadrupes (4, 9). — f) die actio *funeraria,* l. 14. §. 6 de relig. (11, 7). Vgl. *Cujac.* obss. XXII. 14, und comm. in Paul. ad Edict. ad l. 9. de cap. minut. (opp. V. p. 161 sqq.), Savigny, System II. S. 92 fgg., Rudorff, Grundriß. 2te Ausgabe. §. 78. Anmerkung.

III. Wir haben bisher die Entstehungsgründe der str. jur. actiones oder der Kondiktionen kennen gelernt. Es ist nun sehr wahrscheinlich, daß aus diesen Gründen ursprünglich nur dann eine Klage, eine condictio, zulässig war, wenn der Inhalt der obligatio auf das Dare eines Certum ging, sei dies nun entweder certa pecunia oder certa res, so daß es also ursprünglich wohl nur eine *condictio certi* gab, mit der intentio certa auf dare oportere. Namentlich spricht dafür, daß die alte legis actio per condictionem entschieden nur bei certa pecunia und bei certae res Anwendung fand, Gai. IV. 19, und daß die condictio sogar noch von Gaius als diejenige actio in personam definirt wird, wobei die intentio auf ein dare oportere gehe, Gai IV. 18, was nur auf die condictio certi paßt, und was unbegreiflich wäre, wenn nicht diese certi condictio ursprünglich den ganzen Begriff erschöpft hätte; und daraus dürfte sich auch einiger Maaßen die terminologische Eigenheit erklären, daß für die Fälle der condictio incerti sehr häufig geflissentlich der Name condictio vermieden, und dafür der Name actio gebraucht wurde (z. B. bei actio ex stipulatu). Erst später — wann? läßt sich freilich nicht mit Sicherheit ermitteln, aber doch jedenfalls schon vor der Zeit der Pandekten-Juristen — drängte das Bedürfniß zur Gestattung einer *condictio incerti,* mit intentio incerta auf

dare facere oportere, und es läßt sich nicht verkennen, daß darin eine nicht unbedeutende Konzession an das System der freien Klagen lag, und die Kluft zwischen den Geschäften des strengen Rechts und des guten Glaubens wesentlich gemindert wurde. Vgl. Gans S. 75 fgg., bes. S. 84, Zimmern, Rg. III. §. 62, Hasse a. a. O. S. 62, bes. Heimbach in der Gießer Zeitschr. a. a. O. S. 71 fgg. Was nun:

1) die *certi condictio* anbelangt, so ist diese nur dann begründet, wenn aus einem der in der vorigen Nummer angeführten Kondiktions-Gründe ein Anspruch auf ein Dare — denn jedes Facere involvirt ein incertum, l. 75. §. 7. de V. O. —, und zwar auf das Dare eines Certum hervorgeht, also eines nach allen Seiten hin („quid, quale, quantum") völlig bestimmten Gegenstandes, l. 74, l. 75. pr. de V. O. (45, 1). Die intentio lautete einfach: „si paret, Nm. Nm. Ao. Ao. sestertium X. millia (fundum Cornelianum, hominem Stichum) dare oportere", Gai. IV. 18. 33. 34. 41. 86, Cic. pro Rosc. Com. c. 4, vgl. l. 19. de servit. praed. rust. (8, 3), l. 42. §. 1. de R. C. (12, 1), l. 2. §. 7. de eo quod certo loco (13, 4), l. 75. §. 8, l. 103. de V. O. (45, 1), l. 93. pr. de solut. (46, 3).

2) Die *incerti condictio* wird dann angestellt, wenn zwar einer der Kondiktionsgründe vorhanden, aber der Inhalt der daraus hervorgegangenen obligatio ein Incertum ist, sei es, daß die Obligation nicht auf ein dare, sondern auf ein facere geht, oder daß das Objekt in irgend einer Beziehung unbestimmt ist, l. 75. pr. §. 1 sqq. de V. O. (45, 1). In solchen Fällen mußte natürlich die intentio gerade so eine incerta sein, wie bei bonae fidei actiones, und also namentlich auch immer auf ein *dare facere*, nicht auf ein bloses dare gerichtet sein, so daß sie sich von der bei bonae fidei actiones gebräuchlichen lediglich durch das Fehlen des Zusatzes: ex fide bona unterschied. Sie lautete nämlich: „quidquid paret, Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportere" oder „quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet", Gai. IV. 41. 131. 136; vgl. l. 29. §. 1, l. 76. §. 1. de V. O. (45, 1), l. 72. §. 3. de solut. (46, 3). Ueber einzelne Anwendungsfälle der condictio incerti siehe z. B. l. 5. §. 1. de usufr. ear. rer. (7, 5), l. 35. de serv. praed. urb. (8, 2), l. 22. §. 1, l. 40. §. 1. de cond. indeb. (12, 6), l. 3. de cond. sine causa (12, 7), l. 12. §. 2. de cond. furt. (13, 1), l. 5. §. 1. fin., l. 8. pr. de act. emt. vend. (19, 1), l. 2. §. 3. de donat. (39, 5) u. a. m.

3) Bei der certi condictio wurde schon von Alters her (lex Silia bei der legis actio per condictionem Gai. IV. 19) der Fall besonders hervorgehoben, wenn die condictio auf eine certa *pecunia* ging. Wenn freilich Viele einen wesentlichen Unterschied darin setzen, daß nur bei der condictio auf eine certa pecunia eine certa *condemnatio* vorgekommen sei, während bei der cond. auf eine certa res die condemnatio immer eine incerta gewesen sei („quanti ea res est"), vgl. z. B. Hasse S. 69, Savigny S. 612, Wächter S. 72 fgg. u. a. m., so dürfte dies sehr zweifelhaft sein, indem sich gute Gründe dafür anführen lassen, daß auch im letztren Falle die condemnatio auf eine certa pecunia gerichtet werden konnte, vgl. Heimbach, Kreditum S. 570 fgg.

Dagegen ist ein unzweifelhafter wesentlicher Unterschied der, daß nur bei der erstren eine sehr bedeutende Succumbenz-Strafe, nämlich die sponsio tertiae partis, vorkam, Cic. pro Rosc. Com. c. 4. 5, Gai. IV. 13. 171, und daraus erklärt es sich, daß gerade nur diese condictio auf certa pecunia öfter certi condictio oder auch actio si certum petatur genannt wird, während im Gegensatz davon jede andre condictio den Namen *condictio triticaria* erhielt, indem man Getraide repräsentativ für andre Sachen außer Geld annahm, l. 1. pr. de cond. tritic. (13, 3):

> *Ulp.* „Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur: *si certum petetur*, qui autem alias res, per *triticariam condictionem* petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam, sive in pondere sive in mensura constent, sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, et si vectigalis sit, sive jus stipulatus quis sit, veluti usumfructum vel servitutem utrorumque praediorum",

und hiernach umfaßt denn die cond. triticaria nicht nur die cond. auf eine certa res, sondern auch die gesammte cond. incerti. Doch sind die Ansichten über diese Terminologie verschieden, vgl. z. B. Glück XIII. S. 259 fgg., Gans S. 85 fgg., Savigny S. 622 fgg., Puchta, Kursus der Instit. II. §. 165 bei Not. dd fgg., Wächter S. 74 fgg., Heimbach, Kreditum S. 106 fgg.

4) Es ist oben die Behauptung aufgestellt worden, daß die certi condictio nur angestellt werden könne, wenn einer der bestimmten Kondiktionsgründe vorhanden, und die daraus hervorgegangene obligatio auf ein certum gerichtet sei. Dagegen aber scheint die l. 9. pr. de R. C. (12, 1) zu sprechen:

> *Ulp.* „Certi condictio competit ex omni causa et ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio; caeterum si in diem sit vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere",

und wirklich ist besonders auf diese Stelle die Theorie von der s. g. *condictio certi generalis* gebaut worden, worüber freilich wieder mannichfach verschiedene Ansichten vorkommen, denn während Viele so weit gehen, aus einer jeden obligatio, sie mag beschaffen sein, wie sie will, diese condictio generalis, in alternativer Konkurrenz mit der entsprechenden Klage aus der speziellen obligatio, zu gestatten, wenn nur der Kläger im Stande sei, seine Forderung auf ein certum zu stellen: so nehmen Andre doch wenigstens die Schranke an, daß doch jedenfalls immer ein Kondiktionsgrund vorhanden sein müsse, in welchem Falle dann der Kläger stets, wenn auch das Objekt der obligatio an sich ein incertum sei, die certi condictio anstellen könne, wenn er es nur darauf wagen wollte, daß seine eigene Schätzung nicht über die von dem Richter vorzunehmende hinausgehe, vgl. z. B. Schol. ad Basil. XXIII. 1. fr. 4. (bei Heimb. II. p. 591) und fr. 9. (Heimb. p. 595 sqq.), Gloss. ad pr. J. quib. modis re

und ad Rubr. et ad l. 9. de R. C., *Cujac.* ad leg. 9. cit. (in opp. VII. p. 649 sqq.), Hasse S. 73 fgg., Brackenhöft, Identität und Konnexität S. 95 fgg., Unterholzner, Schuldverhältnisse I. S. 338 fgg. Diese ganze Ansicht ist gewiß verwerflich. Allerdings kann bei Gelegenheit der verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte ein Kondiktionsgrund Platz greifen (besonders condictio sine causa und condictio ex injusta causa), und so finden wir z. B. Kondiktionen erwähnt in alternativer Konkurrenz mit der actio depositi, commodati, pigneraticia, mandati, negotiorum gestorum, tutelae, pro socio etc., vgl. l. 1, l. 4. §. 1. de R. C. (12, 1), l. 28. §. 4. de jurejur. (12, 2), l. 13. §. 1. depos. (16, 3), l. 45. 46. 47. pr. pro socio (17, 2), l. 5. de tutelae (27, 3), l. 5. de exc. rei judic. (44, 2), l. 34. §. 1. 2. de O. et A. (44, 7) u. s. w., wobei aber natürlich immer vorausgesetzt wird, daß auch in concreto wirklich ein Grund für die condictio vorhanden ist, vgl. besonders l. 13. §. 1. depos. („— — non enim quemquam hoc ipso quod depositum accipiat, condictione obligari, verum quod dolum malum admiserit"). Und eben so ist es ferner sehr wohl möglich, daß das Objekt derjenigen obligatio, welche aus dem Kondiktionsgrunde hervorgeht, ein Certum ist, während die prinzipale Obligation selbst auf ein Incertum geht. Hält man diese beiden einfachen Prämissen fest, so erklärt sich die l. 9. cit. leicht, ohne daß man zu jenen haltlosen Nothbehelfen einer condictio certi generalis, oder einer durch Selbstschätzung des Klägers zu bewerkstelligenden Umwandlung eines Incertum in ein Certum seine Zuflucht zu nehmen nöthig hätte. Vgl. auch Gans S. 127 fgg., Liebe, Stipulation S. 44 fgg., Savigny S. 578 fgg., Wächter S. 103 fgg., Heimbach, Kreditum S. 84 fgg. (Besonders bestritten ist noch, was Ulpian unter den contractus certi und incerti verstanden haben möge. Die meisten älteren und neueren Juristen von der Glosse ad h. l. an, denken dabei an den Gegensatz zwischen den s. g. contractus nominati und innominati, vgl. z. B. auch noch Liebe, Stipul. S. 351, Savigny S. 581. Andre finden hier den Gegensatz von contractus stricti juris und contractus bonae fidei, z. B. Gans und Wächter a. d. aa. OO. Wieder Andre verstehen unter dem contractus incertus einen bedingten oder betagten Vertrag, z. B. Rubo, über Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen S. 82 fgg., Zimmern, Rg. III. §. 62. bei Not. 15. Andre endlich denken unter den contractus incerti an solche, in denen mehrere zivile Obligationsgründe bei einer und derselben Forderung zusammentreffen, z. E. res und verba bei der Darlehns-Stipulation, vgl. Huschke in den Leipz. krit. Jahrb. für Rechtsw. 1840. S. 483. Keine dieser verschiedenen Auslegungen entspricht dem römischen Sprachgebrauche, und wir können daher gewiß unter dem contractus incertus (nach dem bekannten Vorbild: stipulatio certa und incerta) nur denjenigen Vertrag verstehen, dessen Objekt ein incertum ist, vgl. auch Hasse S. 74, Brackenhöft a. a. O. S. 98. Not., Heimbach, Kreditum S. 88 fgg. Daß daraus doch eine certi condictio hervorgeht, erklärt sich leicht aus der oben gemachten Bemerkung, daß, ungeachtet die prinzipale Obligation auf ein incertum geht, doch sehr wohl das Objekt der aus dem konkurrirenden Kondiktionsgrunde entspringenden obligatio ein certum sein kann). —

Soviel über diesen wichtigen Unterschied zwischen actiones stricti juris und bonae fidei nach den Grundsätzen des römischen Rechts. Ueber die heutige Unanwendbarkeit dieses Unterschieds und über den Grundsatz des heutigen Rechts, daß alle Klagen als bonae fidei actiones und alle Rechtsgeschäfte als bonae fidei negotia zu behandeln seien, vgl. z. B. Savigny S. 136 fgg., Wächter S. 112 fgg. In jedem Falle ist aber die genauere Kenntniß dieser Verschiedenheit nicht nur für die Quellen-Interpretation, sondern auch für die tiefere Einsicht in das römische Obligationen-Recht schlechthin unentbehrlich. —

5) Actiones arbitrariae. §. 140.

Ribbentrop, comm. ad l. 16. §. 5. de pignor. et l. 9. §. 1. de exc. rei judic. §. 2—4, Keller, Litisk. und Urth. S. 212 fgg., Zimmern, Rg. III. §. 67 und 68, Benfey im Rhein. Mus. IV. S. 311 fgg., Hasse a. a. O. S. 26 fgg., Schröter in der Gießer Zeitschr. VII. S. 371 fgg., Savigny V. S. 119 fgg., Puchta, Kursus der Instit. II. §. 166. bei Not. n. und fgg., Wetzell, der röm. Vindikationsprozeß S. 107 fgg., Wächter, Erörtr. Heft II. Nr. 9. S. 14 fgg.

1) §. 31. J. de act. (4, 6): Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus *nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat,* (veluti rem restituat vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat) condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur. In rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur; in personam, veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa, aut dolo malo factum est; item cum id, quod certo loco promissum est, petitur; ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici, ex bono et aequo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

2) *Paul.* l. 2. §. 1. de in litem jur. (12, 3): Interdum quid intersit agentis, solum aestimatur, veluti quum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur; quum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor.

3) *Ulp.* l. 68. de R. V. (6, 1): Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse se restituere, si quidem habeat

rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat, omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, siquidem dolo fecit, quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, sive actiones, et sive in rem, sive in personam sint, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet.

6) Interdicta. §. 141.

Inst. IV. 15. de interdictis, Dig. XLIII. 1, Cod. VIII. 1. de interdictis s. extraordinariis actionibus, quae pro his competunt; vgl. Gai. IV. 138 sqq. — Haubold in der Zeitschr. für gesch. Rw. III. 12, Zimmern, Rg. III. §. 71 fgg., Bethmann-Hollweg, Handbuch des Zivilproz. I. §. 37, Schneider, subsid. Klagen S. 114 fgg., S. 138 fgg., S. 145 fgg., Puchta, Kursus der Instit. II. §. 169, Heimbach in Weiske's Rechtslex. V. S. 526 fgg., Leist, die bonor. poss. I. S. 325 fgg., Schmidt, das Interdictenverfahren der Römer. Leipzig 1853, Keller, Civilproc. §. 74 fgg., Rudorff, Rechtsgesch. II. §. 53 fgg.

1) *Gai.* IV. 138. 139. 141: Superest, ut de interdictis dispiciamus. Certis igitur ex causis Praetor aut Proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis praeponit, quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur, et in summa aut jubet aliquid fieri, aut fieri prohibet. — — Nec tamen, cum quid jusserit fieri, aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad judices recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus Praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri jusserit. Vgl. auch *Theoph.* ad pr. J. de interd. (4, 15), l. 1. §. 2. si ventr. nom. (25, 5): — — melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad *jus ordinarium* remiserit. —.

2) §. 1. J. h. t.: Summa autem divisio interdictorum haec est, quod aut *prohibitoria* sunt, aut *restitutoria*, aut *exhibitoria*. — — Sunt tamen, qui putant, proprie *interdicta* ea vocari, quae prohibitoria sunt, quia *interdicere* est denuntiare

et prohibere, exhibitoria autem et restitutoria proprie *decreta* vocari: sed tamen obtinuit, omnia *interdicta* appellari, quia *inter duos dicuntur* (!). — 3) *Ulp.* l. 1. §. 1 fin. h. t.: Sunt tamen quaedam interdicta et mixta, quae et prohibitoria sunt et exhibitoria. (Solche gemischte Interdikte s. z. B. in l. 1, l. 3. pr. de hom. lib. exhib. 43. 29, und in l. 3. §. 1. de lib. exhib. 43. 30; vgl. auch l. 3. §. 2. ne vis fiat 43. 4; a. M. Schmidt a. a. O. S. 72 fg.).

4) §. 2. J. h. t.: Sequens interdictorum divisio haec est, quod quaedam *adipiscendae possessionis causa* comparata sunt, quaedam *retinendae*, quaedam *reciperandae.* Gai. IV. 143, l. 2. §. 3. h. t. — 5) *Paul.* l. 2. §. 3 fin. h. t.: Sunt etiam interdicta, ut diximus, duplicia, *tam recuperandae, quam adipiscendae possessionis.* (Rudorff in der gesch. Zeitschr. IX. S. 11 fgg., Schmidt a. a. O. S. 33 fg.).

6) §. 7. J. h. t.: Tertia divisio interdictorum haec est, quod aut *simplicia* sunt, aut *duplicia.* Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est — — — —; duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partem sustinet. Gai. IV. 157—160. l. 2. pr. h. t.

7) *Ulp.* l. 1. §. 3. h. t.: Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. (Schmidt v. Ilmenau, ziv. Abh. S. 51 fgg., Interd. S. 211).

8) §. 8. J. h. t.: De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere, nam quotiens extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia), non est necesse, reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. (Schmidt, Interd. S. 321 fgg.).

Anm. Ueber die in neuerer Zeit sehr bestrittene Frage, ob die Interdikte zu den summarischen Rechtsmitteln zu zählen seien, oder nicht? eine Frage, die von besondrer Bedeutung für die Theorie der interdicta adipiscendae possessionis geworden ist, s. außer den angeff. Zimmern, Hollweg und Schmidt, noch besonders auf der einen Seite Savigny in der gesch. Zeitschrift V. 1. und VI. 3 (verm. Schr. II. S. 216 fgg.), vgl. auch Puchta in den Erl. Jahrbb. IX. S. 1 fgg., und auf der andren Seite Thibaut im ziv. Arch. X. 23, Mühlenbruch, Entw. des Zivilproz. S. 236 fgg., Löhr im ziv. Arch. XII. S. 97 fgg. Vgl. auch unten §. 390. Anm., und §. 509. Anm.

7) S. g. actiones rei persecutoriae, poenales, mixtae. §. 142.

Kierulff, Theorie I. S. 172 fgg., bes. S. 220 fgg., Savigny, Syst. V. S. 37 fgg., Sintenis, prakt. Zivilrecht I. S. 258 fgg.

§. 16—18. J. de act. (4, 6): Quaedam actiones rei persequendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persequendae, quaedam mixtae sunt. Rei persequendae causa comparatae sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quae in personam sunt, hae quidem, quae ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendae causa comparatae videntur — — ——. Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae, quam rei persequendae, et ob id mixtae sunt.

8) Cognitiones extraordinariae. §. 143.

Dig. L. 13. de extraordinariis cognitionibus. — Zimmern, Rg. III. §. 88, Schneider, subsidiäre Klagen S. 52 fgg., Savigny V. S. 63 fgg., Puchta, Kursus der Institut. II. §. 176, Keller, Civilproc. §. 81, Rudorff, Rechtsgesch. II. §. 59 fgg.

III. Anstellung der Klage. §. 144.

Anm. Es gilt die natürliche Regel, daß Jeder seine Klage so lange anstellen kann, bis die gesetzliche Verjährungszeit vorüber ist, und daß der Richter nicht befugt ist, diese gesetzliche Zeit durch kürzere Fristbestimmungen zu verkümmern. Doch gibt es einzelne Ausnahmsfälle, in denen Gesetz und Praxis dem Richter allerdings eine solche Befugniß einräumen, und zwar gehören hierher, abgesehen von den Fällen der s. g. Ediktalladungen cum praejudicio praeclusi, die beiden speziellen Provokationsfälle ex lege Diffamari und ex lege Si contendat. Die erstre gründet sich auf ein Mißverständniß der l. 5. C. de ingenuis manum. (7, 14): „*Diffamari* statum ingenuorum seu errore seu malignitate quorundam, periniquum est: praesertim cum affirmes, diu Praesidem unum atque alterum interpellatum a te vocitasse diversam partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret, unde constat, merito rectorem provinciae commotum allegationibus tuis sententiam dedisse, ne de cetero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc diversa pars perseverat in eadem obstinatione, aditus praeses provinciae ab injuria temperari praecipiet". Die zweite Provokation aber stützt sich auf eine Usualinterpretation der l. 28. de fidejussorib. (46, 1): „*Si contendat*

fidejussor, caeteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam: *si non et illi solvendo sint*".

IV. Aufhebung der Klagen.

1) Durch den Tod einer Parthei. §. 145.

Inst. IV. 12. de perpet. et temporalib. act., et quae ad heredes et in heredes transeunt; Cod. IV. 17. ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur. — Kierulff, Theorie I. S. 215 fgg., Savigny V. S. 198 fgg., Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Komm. XLIII. S. 8 fgg., Windscheid, Actio S. 27 fgg.

§. 1. J. h. t.: Non omnes autem actiones, quae in aliquem aut ipso jure competunt, aut a praetore dantur, et in heredem aeque competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem non competere, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriae. Sed heredibus hujusmodi actiones competunt nec denegantur, excepta injuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, (veluti) quum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex dolo pervenit. Poenales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae, et heredibus dantur, et contra heredes transeunt.

Anm. Regelmäßig findet bei allen Klagen ein s. g. aktiver und passiver Uebergang auf die Erben Statt (**actiones transeunt ad heredes et in heredes**). Doch kommen davon Ausnahmen vor:

I. Was den aktiven Klagübergang anbelangt, so versteht sich zunächst von selbst, daß überall dann, wenn das die Klage erzeugende Recht so beschaffen ist, daß es mit dem Tode des Berechtigten erlöscht, für die Erben keine Klage mehr daraus hervorgehen kann, wie dies z. B. der Fall ist bei Familienrechten, bei Personalservituten, bei **privilegia personae**, bei Ansprüchen auf unmittelbare Lebens-Versorgung, bei manchen Kontrakts-Verhältnissen, z. B. Sozietät, Mandat u. dgl. m. Abgesehen von solchen, offenbar nicht eigentlich hierher gehörigen Fällen, sind von dem aktiven Klagübergang nur ausgenommen die **actiones *populares***, weil dieselben vor der Litiskontestation gar nicht zu dem Vermögen gehören, und der Erbe sie also begreiflich nicht als Erbe, sondern nur als **civis** anzustellen befugt ist, **l. 5. §. 5. de his, qui effud. (9, 3)** vgl. mit **l. 7. pr. §. 1. de popul. act. (47, 23)**, und die s. g. **actiones *meram vindictam spirantes***, wobei freilich in Betreff der dahin zu zählenden Fälle auch noch die

neueren Juristen nicht ganz einverstanden sind, vgl. Marezoll in Löhr's Magaz. IV. S. 363 fgg., Mühlenbruch, Zession S. 295 fgg., Ders. in Glück's Komm. S. 9 fgg., Kierulff S. 227 fgg., Savigny, Syst. II. S. 121 fgg. verb. mit V. S. 200 fgg., Puchta, Lehrbuch §. 88. Note c., Rudorff, Grundriß §. 87. Anm. Es gehören hierher wohl folgende einzelne Klagen:

1) Die actio injuriarum, die als das Vorbild dieser ganzen Gattung von Klagen angesehen werden muß, vgl. T. 1: „excepta injuriar. actione, *et si qua alia similis inveniatur*", Cic. pro Caec. c. 12, l. 7. §. 1, l. 13. pr., l. 28. de injur. (47, 10), l. 32. pr. ad leg. Falc. (35, 2), l. 2. §. 4. de collat. bonor. (37, 6).

2) Die in factum actio de calumniatoribus, l. 4. de calumniat. (3, 6).

3) Die querela inoff. test. und inoff. donationis, l. 6. §. 2, l. 7, l. 15. §. 1. de inoff. test. (5, 2), l. 5. C. eod. (3, 28).

4) Die Klagen, welche gegen Undankbare gerichtet sind, namentlich die Rückforderungsklage des Schenkers gegen den undankbaren Beschenkten l. 1. 7. 10. C. de rev. donat. (8, 56). Nach röm. Rechte gehörte dahin auch die Klage des Patrons und Vaters, wenn der Freigelassene oder das Kind sie ohne vorgängige Erlaubniß in jus vozirt hatten, l. 24. verb. mit l. 4. §. 1. de in jus voc. (2, 4), was h. z. T. freilich wegfällt.

5) Die Ansprüche, welche ein Ehegatte gegen den andern wegen Verschuldung (propter mores) erheben kann, l. 15. §. 1. sol. matr. (24, 3): „[heres mariti] morum coërcitionem non habet"; vgl. Glück XXVII. S. 71 fgg.

6) Die actio sepulchri violati, l. 6. fin., l. 10. fin. de sep. viol. (47, 12).

7) Die actio in factum de mortuo inferendo, l. 9. de relig. (11, 7), in welcher Stelle es Gaius als etwas Ausgemachtes anführt, daß die Klage weder auf noch gegen die Erben übergehe, obgleich man sich darüber wundern könne, indem ja doch auch ein pekunläres Interesse damit verfolgt werde:

> „Unde miror, quare constare videatur, neque heredi, neque in heredem dandam hanc actionem, nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur, certe perpetuo ea inter ipsos competit".

Der Grund ist offenbar, weil hier ähnlich, wie bei der a. sepulchri violati, wesentlich eine dem Andenken des Verstorbenenen zugefügte Schmach gerächt werden soll (vgl. auch l. 1. §. 6. de injur. 47, 10. und l. ult. C. de sep. viol. 9, 19), und das pekuniäre Interesse mehr nur sekundär zur Sprache kommt, vergl. auch Glück XI. S. 453 fgg., Kierulff S. 228. Note, Savigny V. S. 200 fgg. Die schon von manchen Aelteren (vgl. Glück Note 88—90), unter den Neueren aber besonders von Mühlenbruch, Zession S. 300. Note 116, Komm. XLIII. S. 13 und 31 vertheidigte Auslegung, welcher auch ich in früheren Ausgaben beistimmte, daß nämlich Gaius die Meinung, über die er sich wundere, auch wirklich verwerfe, und daß also die Schlußworte so aufgefaßt werden müßten: im Gegentheil kann die Klage stets von die Erben und gegen den Erben angestellt

werden, ist weder juristisch nothwendig, noch auch grammatisch zulässig, vgl. auch Puchta, Lehrbuch §. 88. Note c, Demelius, Unters. aus dem röm. Zivilr. I. S. 20. Note 17.

8) Die actio de effusis wegen Verwundung eines freien Menschen, l. 5. §. 5. de his, qui effud. (9, 3), und gewiß gehört dahin auch die Aedilitische Klage wegen Verwundung eines freien Menschen durch wilde Thiere, l. 42. de aedil. ed. (21, 1). —

Wenn Savigny II. S. 127. Note r. auch noch das interd. quod vi hierher zählen will, so läßt sich dies mit l. 13. §. 5. quod vi (43, 24) gewiß nicht vereinigen, denn die Worte: „Et recte dicetur, heredi quoque competere et ceteris successoribus, sive antequam successerint, sive postea aliquid sit vi aut clam admissum" blos auf den Fall beschränken zu wollen, wenn während der hereditas jacens das Delikt begangen sei, ist doch gewiß willkürlich, und kann auch dadurch nicht gerechtfertigt werden, daß im Anfang des Sen wirklich von diesem Falle die Rede war, s. auch Puchta a. a. O. und bes. Schmidt, Interd. Verf. S. 139 fgg.

II. Der passive Uebergang tritt nicht ein bei Popularklagen, l. 7. 8. de popular. act. (47, 23), und bei *actiones ex delictis*, worüber jedoch noch folgende nähere Bestimmungen zu bemerken sind (vergl. hierüber bes. Francke, Beiträge Abh. I., Kierulff a. a. O. S. 219 fgg., Savigny V. S. 246 fgg.):

1) Bei actiones mere poenales fällt aller und jeder Uebergang hinweg §. 1. J. h. t., l. 5. §. 5. und 13. de his, qui effud. (9, 3), l. 1. pr. de privat. del. (47, 1), und das muß in der Regel selbst dann angenommen werden, wenn die Erbschaft durch das Delikt noch wirklich bereichert ist, indem regelmäßig neben solchen actiones poenales noch eine actio rei persecutoria vorkommt, die in einem solchen Falle gebraucht werden kann. Wenn dies aber einmal ausnahmsweise nicht der Fall, wenn also die actio poenalis die einzige Klage ist, so geht dieselbe allerdings so weit gegen die Erben, als dieselben durch das Delikt bereichert sind, und daraus erklärt sich die l. 5. pr. de calumniat. (3, 6). A. M. ist in Betreff dieses letzten Punkts Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des R. R. S. 22 fgg.

2) Bei actiones rei persecutoriae ex delicto gilt der Grundsatz, daß die Klage zwar gegen die Erben geht, aber nur soweit die Erbschaft ex delicto reicher geworden ist, l. 16. §. 2. quod met. c. (4, 2), l. 17. §. 1, l. 26. de dol. mal. (4, 3), l. 6. 7. de alienat. jud. met. c. (4, 7), l. 16. de judic. (5, 1); l. 52. de R. V. (6, 1), l. 3. §. 5. si mensor. fals. mod. (11, 6), l. 7. §. 5, l. 9. §. 2. de tribut. act. (14, 4), l. 30. §. 7. de pecul. (15, 1), l. 9. quod falso tutore (27, 6), l. 12. §. 1. si quis om. c. test. (29, 4), l. 20. §. 8. de oper. nov. nunc. (39, 1), l. 9. §. 8, l. 10. de reb. auct. judic. poss. (42, 5), l. 11. qui in fraud. creditor. (42, 8), l. 1. §. 48. de vi (43, 16), l. 15. §. 3. quod vi (43, 24), l. 44. de R. J., l. un. C. h. t. Nur in Betreff der *condictio furtiva* wird uns der Satz aufgestellt, daß die Erben in solidum haften, was zwar *Cujac*, obs. VII. 37, XVII. 37 leugnet, aber gegen klare Gesetze §. ult. J. de oblig. quae ex del. (4, 1), l. 7. §. 2, l. 9. de cond. furt. (13, 1). Wenn auch die Gründe dieser Ausnahme sehr

bestritten sind, (Konjekturen hierüber finden sich namentlich bei Francke a. a. O. S. 34 fgg., Unterholzner, Verjährungsl. II. Note 771, *Krug*, selecta de condict. furt. capit. Lips. 1830. pag. 2 sqq.), so ist es doch jedenfalls verwerflich, aus diesem einzelnen Ausnahmsfall mit Hintansetzung der vielen entgegenstehenden Gesetze die Regel bilden zu wollen, daß überhaupt actiones rei persecutoriae ex delicto in solidum gegen die Erben gehn, wie z. B. von *Faber*, conject. lib. IV. c. I., und *Ayrer*, de act. ex delict. rei persecut. adv. hered. in solidum compet. Gött. 1753 geschehen ist, wogegen sich jedoch mit vollem Recht alle Neuern erklärt haben. Es liegt aber der wahre Grund jener Ausnahme offenbar darin, weil die cond. furtiva gar keine eigentliche Deliktsklage ist, vgl. unten §. 679. Anm. 2.— Nach Pandektenrecht muß neben der cond. furt. noch eine andre Ausnahme für die act. rerum amotarum anerkannt werden, l. 6. §. 4. de act. rer. amotar. (25, 2), was jedoch nach dem Recht des Kodex hinweggefallen ist, l. 3. C. rer. amotar. (5, 21).

3) Bei actiones mixtae muß derselbe Grundsatz, wie bei actiones rei persecutoriae gelten, und nur dann leidet dies eine Ausnahme, wenn gegen die Regel neben einer solchen actio mixta noch eine actio rei persecutoria gegeben ist, wie namentlich bei der act. vi bonorum raptorum, neben welcher auch die condictio furt. als rein persekutorische Klage vorkommt; woraus sich l. 2. §. 27. vi bonor. raptor (47, 8) erklärt.

4) Streitig ist es noch insbesondere, wie es sich mit Klagen aus Kontrakten oder kontraktsähnlichen Verhältnissen verhalte, wenn der Erblasser sich eines dolus schuldig machte. Auch für diesen Fall behaupten nämlich Manche wegen §. 1. J. h. t. und l. 8. §. 1. de fidejuss. et nominator. (27, 7), der Erbe hafte blos, so weit er bereichert sei, vgl. bes. *Costa*, ad §. 1. J. cit. und Thibaut, civ. Abh. S. 183. System §. 68. Note*), während die herrschende Lehre sich dahin erklärt, daß der Erbe eben so, wie der Erblasser selbst in solidum hafte, und zwar gewiß mit Recht. Denn abgesehen davon, daß es doch gewiß sonderbar sein würde, daß der Erbe zwar wegen leichten Versehens, nicht aber wegen dolus und culpa lata seines Erblassers haften sollte, so sprechen für die gemeine Meinung auch die bestimmtesten Gesetze, l. 10. pr. comm. divid. (10, 3), l. 7. §. 1. depos. (16, 3), l. 12. 49. de O. et A. (44, 7), l. 121. §. 3. de V. O. (45, 1), l. 152. §. 3, l. 157. §. 2. de R. J., und es ist offenbar willkührlich, wenn Costa dieselben sämmtlich für antiquirt erklären will. Bei genauerer Betrachtung sind aber auch die von ihm angeführten Gesetze ganz irrelevant. Denn was zunächst den §. 1. J. cit. anbelangt, so sagt derselbe, wenn man mit guten Handschriften das *veluti* vor den Worten cum dolose testator versatus sit ausläßt, blos: es gebe Fälle, in denen eine Kontraktsklage wegen des dolus des Erblassers nicht gegen die Erben gebraucht werden könne. Gaius IV. 113. aus welcher Stelle der §. 1. cit. genommen ist, hatte wirklich einen solchen Fall in Beziehung auf sponsores und fidepromissores angeführt; da dieser aber zu Justinian's Zeit antiquirt war, so wurde das Beispiel weggelassen, und blos im Allgemeinen auf mögliche Ausnahmen hingedeutet. Da sich aber in den Pandekten nichts von solchen Ausnahmen findet, so ist die ganze Stelle offenbar unbedeutend, und sie würde auch um nichts bedeutender werden, wenn wir dieselbe, wie jetzt

Büchel, de uno casu. Marb. 1847. p. 12 sqq. will, durch Hinweisung auf die Entscheidungen der l. 7. §. 5. de tribut. act. (14, 4), l. 30. §. 7. de pecul. (15, 1), l, 12. §. 1. si quis om. caus. test. (29, 4) erklären dürften; denn in diesen Fällen haftet der Erblasser selbst gar nicht ex contractu, sondern lediglich ex dolo, und die Entscheidungen jener Gesetze beruhen also auf dem vorher bei Nr. 2. angegebenen Prinzip, und berühren unsre Frage ganz und gar nicht. Daß die Kompilatoren selbst hier nichts Klares dachten, geht übrigens noch insbesondere aus der Paraphrase des Theophilus hervor, denn dieser nennt zur Erläuterung als einen solchen Ausnahmsfall die actio depositi, aber freilich gegen bestimmte Gesetze, l. 7. §. 1. depos. (16, 3). Was aber die l. 8. §. 2. de fidejuss. betrifft, und namentlich die Worte: sed constitutionibus subventum est ignorantiae heredum, welche von Costa so gedeutet werden, als ob der dolus der Tutoren dem Erben nichts schaden könne, so geht aus einer Vergleichung mehrerer Konstitutionen, namentlich l. 2. 5. und bes. l. 4. C. de in lit. jur. (6, 53), hervor, daß dieselben gar nicht unsere Frage berühren, sondern die davon völlig verschiedene, inwiefern die Erben des Vormundes sich das jusjur. in litem gefallen lassen müßten. Vergl. besonders die treffliche Ausführung von Francke S. 9 fgg., wodurch später auch Thibaut bewogen worden ist, seine frühere Meinung zurückzunehmen; vgl. Braun's Erörtr. S. 83 fgg. und Syst. 8te Aufl. §. 70., vergleiche auch Kierulff S. 218 fgg., Savigny S. 55 fgg., Note d., Mühlenbruch S. 27 fgg.

5) Was die Abänderung des römischen Rechts in Betreff der actiones rei persecutoriae durch das Kanonische Recht anbelangt, so enthalten die hierher gehörigen Dekretalen [cap. 14. X. de sepult. (3, 26); cap. 9. X. de usur. (5, 19); cap. 5. 10. X. de raptor. (5, 17); cap. 28. X. de sent. excomm. (5, 39)] gar nicht einmal die Einschränkung, daß der Erbe nur bis zum Belauf der Erbschaft haften soll, sondern sie sprechen absolut die Verbindlichkeit des Erben aus, die Vergehen des Erblassers wieder gut zu machen. Aber ein schon von den Italienischen Juristen her entstandener fester Gerichtsgebrauch hat jene Einschränkung in das Kanonische Recht hineingetragen, und eben dieser Gerichtsgebrauch entscheidet auch gegen die Meinung von Löhr, Theorie der Kulpa S. 115, welcher die Anwendung jener Dekretalen ganz leugnet, weil sie nur an geistliche Gerichte gerichtet seien und nur geistliche Zwangsmittel anordneten; vgl. besonders Francke S. 44 fgg., Savigny S. 51 fgg., Mühlenbruch S. 35 fgg.

III. Die bisher dargestellten Ausnahmen fallen aber hinweg, und die Klagen gehen aktiv und passiv über, wenn bereits lis kontestirt ist, §. 1. J. h. t., l. 26. 58. de O. et A. (44, 7), l. 139. 164. de R. J. u. s. w.; Keller, Litiskont. S. 166 fgg. Namentlich ist dies auch bei Pönalklagen der Fall, denn an vielen Stellen ist dies deutlich ausgesprochen, wie namentlich von Ulpian, in l. 26. de O. et A., l. 28. de injur. (47, 10); von Callistratus in l. 58. de O. et A. und von Paulus in l. 8. fin. de fidejussor. et nominator. (27, 7), l. 87. 164. de R. J. Doch aber findet sich von demselben Paulus eine Stelle, wo mit Berufung auf kaiserliche Konstitutionen gesagt ist, Pönalklagen gingen, si vivus *conventus* fuerit, gegen die Erben über, l. 33. de O. et A. (44, 7):

Paul. libr. III. Decretorum. „Constitutionibus, quibus ostenditur,

heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo",

und wirklich haben Manche deßhalb angenommen, daß nach neuerem römischen Rechte der passive Uebergang der Pönalklagen schon durch die Mittheilung der Klage herbeigeführt werde, vergl. z. B. die bei Glück VI. S. 196. in der Note Angeff., und unter den Neueren Kierulff, Theorie I. S. 281 fgg. Note*) und Asverus, Denunziation S. 205 fgg. Da sich aber ein Widerspruch dieser Stelle mit den vorher angeführten schon wegen der Identität ihres Verfassers nicht wohl annehmen läßt, und man an eine Abänderung des früheren Rechts durch kaiserliche Konstitutionen um so weniger denken kann, da noch Diokletian und Maximian in l. un. C. ex delict. defunct. (4, 17) und Justinian in §. 1. J. h. t. ausdrücklich die Litis-Kontestation nennen: so haben, gewiß mit Recht, von der Glosse an die Meisten nach einer Vereinigung der anscheinend widerstreitenden Stellen gesucht, und da scheint mir denn allerdings die, auch durch die Inskription unterstützte, Annahme das Meiste für sich zu haben, daß Paulus hier gar nicht von einer gewöhnlichen Pönalklage geredet hat, sondern von einer fiskalischen Strafe, welche extra ordinem vor einem Fiskalbeamten verfolgt wurde, und wobei dann durch kaiserliche Konstitutionen die Mittheilung der Klage als Surrogat der hierbei gar nicht vorkommenden Litis-Kontestation angeordnet worden ist, vgl. die bei Glück S. 197 a. E. Angeff., und unter den Neueren Wächter, Erörtrungen. H. 3. S. 112 fgg. und Savigny, Syst. VI. S. 19 fgg. Wenn dies aber auch der ursprüngliche Gedanke von Paulus gewesen sein mag, so ist davon doch gewiß für das Justinianische Recht keine Anwendung zu machen, indem hier ja alle judicia extraordinaria waren, und dabei die Litis-Kontestation entschieden in ein späteres Stadium des Prozesses fiel. Im Sinne der Justinianischen Kompilation muß ich es daher auch jetzt noch, eben so wie in den früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs, für das Natürlichste halten, mit Glück VI. S. 198. Not. und Francke S. 43. die l. 33. cit. aus l. 10. §. 2. fin. si quis cautionib. in judic. sist. (2, 11) zu erklären, und sie demgemäß von einem Falle zu verstehen, wo die Lit.-Kont. durch Schuld des Verstorbenen verzögert ist. Wenn viele ältere und neuere Juristen die l. 33. cit. so deuten wollen, daß das „conventus fuerat" gar nicht ein bestimmtes Stadium des Prozesses bezeichne, sondern damit nur allgemein angedeutet werden solle, daß der Beklagte im Laufe des Prozesses verstorben sei, und die Schlußworte „quasi lite contestata cum mortuo" nicht auf eine Fiktion hinwiesen, sondern die wirklich geschehene Litis-Kontestation als Grund der Transmission der Klage anführten, so daß also Paulus hier gar nichts von den gewöhnlichen Grundsätzen Abweichendes ausspreche („Wenn der Thäter im Laufe des gegen ihn erhobenen Rechtsstreits gestorben ist, so kann die Strafe auch gegen seine Erben verfolgt werden, nämlich in Folge der mit dem Verstorbenen vorgenommenen Lit. Kontestation"), vgl. z. B. die bei Glück VI. S. 197 Angeff., und unter den Neueren Wächter, Erörtr. H. 3. S. 113 und Buchka, Einfluß des Prozesses auf die materiellen Rechtsv. Bd. II. S. 63 fgg.: so dürfte diese Auslegung, abgesehen von manchen sprachlichen Bedenken, schon daran scheitern, daß sich Paulus

zur Begründung seiner Behauptung auf kaiserliche Konstitutionen beruft, und also gewiß etwas von dem gewöhnlichen Rechte Abweichendes aufstellen will. Uebrigens behaupten Viele, daß jedenfalls nach deutschem Rechte ein andrer Grundsatz gelte, indem darnach Pönalklagen, oder doch, wie Andre wollen, wenigstens die reipersekutorischen Klagen aus Delikten, oder nach der Meinung wieder Andrer, beide Arten von Klagen, schon mit der blosen Klaganstellung oder doch mit der Mittheilung der Klage an den Beklagten, gegen die Erben des Letztren übergingen, und man beruft sich dafür auf die K.G.O. v. 1555. Th. II. Tit. 9. §. 6, vergl. z. B. Francke a. a. O., Sintenis Erläutr. S. 148 fgg., Heffter, Zivilprozeß. 2. Auflage. §. 346 u. A. m. Dies ist aber gewiß unzulässig, indem jene Stelle lediglich von Landfriedensbruch-Sachen redet, welche bei dem Reichs-Kammergericht anhängig gemacht seien, und also daraus wegen dieser doppelten wesentlichen Beschränkung gewiß keine allgemeine neue Regel gebildet werden kann, vgl. auch Wächter, Erörtr. H. 3. S. 113 fgg. Buchka a. a. O. S. 153 fgg.

2) Durch Verjährung.

Inst. IV. 12. de perpetuis et tempor. actionibus; Cod. VII. 39. de praescript. XXX. vel XL. annor.; VII. 40. de annali exceptione Italici contractus tollenda, et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptionibus earum. — Thibaut, Bes. und Verj. II. §. 38 fgg.; Unterholzner, Verjährungsl. an verschiedenen Orten, bes. Buch VI. (Bd. II. §. 252 fgg.). Ders., Schuldverh. I. S. 522 fgg.; v. Reinhardt, die usucapio und praescriptio des röm. Rechts. Stuttg. 1832. S. 232 fgg., Kierulff, Theorie I. S. 189 fgg., Savigny, Syst. V. S. 265 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 31. S. 287 fgg., Wächter, Handbuch II. S. 806 fgg., *Molitor*, obligat. III. p. 322 sqq., Windscheid, Actio S. 37 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Art. Verjährung (Bd. XII. S. 288 fgg.) an verschiedenen Orten, bes. S. 632 fgg., Unger, Syst. II. §. 119 fgg. S. 401 fgg. Vgl. auch Müller, Komm. über das Grosh. Hess. Gesetz vom 19. März 1853 bez. der Verj. der pers. Klagen, mit vergl. Rücksicht auf fremdes und deutsches gem. und part. Recht. Marburg 1854 (auch als Beilageheft zum Arch. für prakt. Rechtsw. Bd. II.).

a) Begriff und geschichtliche Einleitung. §. 146.

Demelius, Untersuchungen Bd. I. Weimar 1856. Nr. 1.

Honor. et *Theodos.* l. 3. C. de praescr. 30 annor.: Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones

ultra triginta annorum spatium minime protendantur; sed si qua res vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione vel persecutione pulsetur: nihilo minus erit agenti 30 annorum praescriptio metuenda. Eodem etiam jure in ejus persona valente, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare. Quae ergo antea non motae sunt actiones, triginta annorum jugi silentio, ex quo jure competere coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem: nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam, licet per annotationem, promeruisse responsum, vel etiam in judiciis allegasse: nisi allegato sacro rescripto aut in judicio postulatione deposita, fuerit subsecuta per exsecutorem conventio; non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni. Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad solicitudinem pertinent curatoris, necessario eis similiter, ut aliis, annorum triginta intervalla servanda sunt. Hae autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquis (cod. Theod.: antiquitus fixis) temporibus limitabantur. Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem patere censemus, etiam si se legis ignorantia excusare tentaverit. [Cf. l. un. C. Th. de actionib. certo tempore finiendis (4, 14)].

b) Voraussetzungen derselben.

α) Nativität der Klage. §. 147.

Thon in der Gießer Zeitschr. VIII. 1, Savigny a. a. O. S. 280 fgg., Sintenis a. a. O. S. 290 fgg., Lenz, Studien und Kritiken S. 233 fgg., Meine Abh. im ziv. Arch. XXXIII. S. 292 fgg. („von welchem Zeitpunkte beginnt die Verjährung der Darlehns-Klage?"), Brackenhöft im Archiv für praktische Rechtsw. IV. S. 76 fgg., Demelius, Untersuch. I. Nr. 2. S. 111 fgg., Unger, System II. §. 116. S. 375 fgg. §. 120. S. 407 fgg.

1) *Theodos.* l. 3. h. t. (vide §. 146) verb.: Quae ergo antea non motae sunt actiones, XXX. annorum jugi silentio, *ex quo jure competere coeperunt*, vivendi ulterius non habeant facultatem.

2) *Justin.* l. 7. §. 4. C. eod.: Illud autem plus quam manifestum est, quod in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua conditione, vel sub die certa vel incerta stipulationes et promissiones vel pacta ponuntur, post conditionis exitum, vel post institutae diei certae vel incertae lapsum praescriptiones XXX. vel XL. annorum, quae personalibus vel hypothecariis actionibus opponuntur, initium accipiunt. Unde evenit, ut in matrimoniis, in quibus redhibitio dotis vel ante nuptias donationis in diem incertam mortis vel repudii differri solet, post conjugii dissolutionem earundem curricula praescriptionum personalibus itidem actionibus vel hypothecariis opponendarum initium accipiant.

3) *Justinian.* l. 1. §. 1. C. de annali except.: Nemo audeat, neque actiones familiae erciscundae, neque communi dividundo, neque finium regundorum, neque pro socio, neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque alterius cujuscunque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis interpretari: sed *ex quo ab initio competit, et semel nata est* — — post memoratum tempus finiri.

Anm. Zum Eintritt der Klagen-Verjährung ist es wesentlich nöthig, daß die **actio** ***nata*** sei, vgl. die abgedr. Texte. Obwohl nun über diesen Grundsatz an sich („**actioni nondum natae non praescribitur**") Alle einverstanden sind, so herrschen doch über die Frage, wann die Nativität der Klage angenommen werden müsse, auch noch unter den neuern Juristen im Ganzen wie im Einzelnen die größten Meinungs-Verschiedenheiten.

I. Im Allgemeinen ist eine **actio** dann **nata**, wenn die Verbindlichkeit des Beklagten ***in concreto*** so begründet ist, daß die Anstellung der Klage gegen denselben als rechtlich möglich erscheint. Dabei bedürfen aber einige Punkte einer näheren Bestimmung:

1) Wenn die rechtliche Möglichkeit einer Klaganstellung von Thatsachen abhängt, deren Eintritt ganz in dem Willen des Gläubigers steht, so ist für solche Fälle die Behauptung sehr gewöhnlich, daß dies in Betreff der Verjährung so anzusehen sei, als wenn die Klage schon gleich Anfangs **nata** wäre („**toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris**"), vgl. z. B. Statt Vieler Unterholzner, Verj. II. §. 260, Schuldverh. I. S. 533 bei Not. i. Aus unsren Gesetzen läßt sich dieser Satz entschieden nicht konstruiren, denn der oft hierher gezogene bekannte Grundsatz: „**in jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si conditio impleta fuisset**", l. 161. de R. J. gehört keines Falls hierher, da sich derselbe offenbar nur auf solche Fälle bezieht, in denen die Verhinderung der Bedingung ein Unrecht, eine Chikane enthält. Woh[illegible] [illegible] [illegible]eht jene Behauptung mit den

Gesetzen in offenem Widerspruch, denn dort wird überall die wirkliche Nativität der Klage ohne irgend eine Beschränkung zum Eintritt der Verjährung gefordert, L. 1 und 3, und wenn es in L. 2 heißt, daß dann, wenn „sub *aliqua* conditione" ein Vertrag abgeschlossen sei, die Klage natürlich immer erst nach Erfüllung der Bedingung zu verjähren beginne, so können doch ohne die größte Willkühr von jener generellen Vorschrift nicht diejenigen Bedingungen ausgenommen werden, welche von dem Willen des Gläubigers abhängen, und also auch bei diesen kann die Verjährung gesetzlich erst nach deren Erfüllung anfangen, womit jene Behauptung von selbst zusammen fällt. Mit größtem Rechte haben daher auch alle Neueren sich gegen jene Behauptung erklärt, vgl. Thon S. 2 fgg., Kierulff S. 194 a. E., Savigny S. 282 fgg., Puchta, Lehrb. §. 90. Not. n, Vorles. I. S. 187, Lenz S. 252 fgg., Schirmer zu Unterh. II. S. 304, Unger, Syst. II. S. 408 u. A. m.

2) Wie man früher oft durch den eben bekämpften Grundsatz die Klagen-Verjährung ungebührlich erleichtern wollte, so wollen viele Neuere umgekehrt dieselbe eben so unberechtigt erschweren durch das von ihnen aufgestellte Dogma, daß die Nativität der Klage und folgeweise der Anfang der Verjährung immer das Dasein einer Rechtsverletzung voraussetze, und daraus wird dann namentlich abgeleitet, daß, wenn das fragliche Rechtsverhältniß seinem Wesen nach einen Aufschub der Realisirung mit sich führe, wenn es also in der Natur dieses Rechtsverhältnisses liege, daß der Schuldner nicht sogleich zahle, sondern eine Zeit lang Schuldner bleibe, die Klage nicht sogleich mit Entstehung der Forderung, sondern erst mit erfolgter Kündigung von Seiten des Gläubigers zu verjähren anfangen könne, wie z. B. bei dem ohne weitere Nebenbestimmung abgeschlossenen mutuum oder bei dem depositum, in welchen Fällen die Verjährung der Klage nicht sogleich mit der Perfektion des Kontrakts, sondern erst dann beginnen könne, wenn der Gläubiger das Darlehn oder das Depositum zurückgefordert habe, vgl. z. B. Schweppe I. §. 170, Wening I. §. 40, Hasse im Rh. Mus. VI. S. 13 fgg., Kierulff S. 192 fgg., Savigny S. 281 fgg., S. 285. S. 291 fgg., Puchta, Pand. §. 90, Vorles. I. ad h. l. (4. Aufl. S. 205), Rudorff ebendas. Not. 1, Sintenis S. 290 fgg., Müller a. a. O. S. 62 fgg., Brackenhöft a. a. O. S. 87 fgg. Ich muß dieses Dogma auch noch jetzt, ungeachtet des Dissenses fast aller Neueren, mit Thon S. 33 fgg. für völlig unbegründet halten, und ich muß also auch noch jetzt, eben so wie in den früheren Ausgaben dieses Lehrbuches, die Ueberzeugung aussprechen, daß bei allen actiones in personam aus Rechtsgeschäften — denn in dieser Sphäre allein bewegt sich der ganze Streit — die actio alsbald nata ist, sobald die obligatio des Schuldners zu vollständiger Existenz gelangt, daß es dazu durchaus keiner weiteren Rechtsverletzung bedarf, und daß also namentlich auch die condictio mutui und die actio depositi sogleich mit der Perfektion des Vertrags zu verjähren anfangen; vgl. jetzt auch Lenz a. a. O., meine Abh. S. 395 fgg., Wächter II. S. 807 fgg., Arndts Lehrb. §. 107, Demelius a. a. O. S. 134 fgg. (dessen Argumentation zwar von der meinigen abweicht, vgl. des. S. 147 fgg., der aber in fast allen Ergebnissen vollständig mit mir übereinstimmt), Windscheid, Actio S. 41 fgg., Dworzack in der krit. Ueberschau V.

S. 8 fgg., **Heimbach** a. a. O. S. 633 fgg., **Brinz**, Lehrb. §. 48. S. 165 fgg., **Schirmer**, zu Unterh. II. S. 305, **Unger** II. S. 377 fgg., **Maxen**, über Beweislast, Einreden und Exzept. Gött. 1861. S. 6 fgg. Auf Gesetze gründet sich jenes Dogma entschieden nicht, und in der That verweisen denn auch die Vertheidiger desselben lediglich auf die angebliche Natur der Sache. Man behauptet nämlich **erstens**, daß schon der Begriff der Nativität von selbst darauf hinführe, daß dazu eine Rechtsstörung vorausgesetzt werde, denn jedes Klagerecht habe seiner Natur nach zwei Bedingungen, ein wirkliches, gegenwärtiges Recht, aus welchem es hervorgehe, und eine Rechtsverletzung, welche den Berechtigten zur Klage veranlasse, und ohne welche das Recht nicht die besondre Gestalt einer Klage annehmen könne, vgl. z. B. **Savigny** V. S. 6. S. 281; und hiermit wird dann zweitens noch die weitere, besonders auf Verjährung bezügliche, Argumentation verbunden, daß doch unmöglich von einer **Versäumniß** der Klage die Rede sein könne, wenn zur Klaganstellung gar keine Veranlassung da gewesen sei, also namentlich nicht, so lange die Erfüllung der obligatio mit dem Willen des Gläubigers unterbleibe. — Der erste dieser beiden Gründe ist gewiß unrichtig, indem vielmehr bei **allen** Geschäfts-Obligationen die juristische Begründung der Klage schlechthin nichts weiter voraussetzt, als das Dasein der klagbaren obligatio, und die Rechtsstörung durchaus nicht zur **Begründung** der Klage gehört, sondern nur den Anlaß zu ihrer Anstellung abgibt. Namentlich stehen in dieser Beziehung die beiden Fälle, welche die Gegner so verschieden beurtheilen wollen, — wenn mir Jemand 100 aus einer **Stipulation** u. dgl. schuldet, und wenn er mir 100 aus einem ohne alle Nebenbestimmung abgeschlossenen **Darlehn** u. dgl. schuldig ist — juristisch sich völlig gleich. In beiden in ganz gleicher Weise kann der Gläubiger **alsbald** die 100 fordern (dies statim cedit *et venit*), und in beiden in ganz gleicher Weise braucht der Schuldner nicht eher zu leisten, als bis der Gläubiger gefordert hat, denn auch bei einer Stipulations- oder andren dgl. Schuld ist der Debitor nicht zu einem ultro sese offerre verpflichtet, vgl. l. 48. de V. O. (wo die Stipulations-Klausel *cum petiero* nur für eine juris conditio, also für eine sich von selbst verstehende erklärt wird), s. auch §. 588. Anm. 2. Der Umstand, daß im ersten Falle, bei einer Stipulations-Schuld, der Gläubiger **vielleicht** — denn immer und nothwendig ist dieses keineswegs der Fall — die alsbaldige Zahlung erwartet, während er im zweiten Falle, bei dem Darlehn, wahrscheinlich das Geld eine Zeit lang bei dem Schuldner stehen zu lassen beabsichtigt: dieser Umstand, sage ich, begründet nur eine rein faktische Verschiedenheit, die die Folge haben kann, daß der Gläubiger sich im erstren Falle früher veranlaßt sieht, seine Forderung geltend zu machen, als im zweiten, die aber für die juristische Beurtheilung beider Fälle, namentlich in Betreff der Nativität völlig irrelevant ist. Steht es nun aber fest, daß in Fällen der ersten Art die actio sogleich nata ist im Augenblick des abgeschlossenen Kontrakts, vgl. z. B. §. 2. J. de V. O. („*confestim* peti potest"), so sollte bei der juristischen völligen Gleichheit dies auch in den Fällen der zweiten Art billig nicht bezweifelt werden, und dafür sprechen denn auch überdies sehr bestimmte Quellen-Zeugnisse, s. unten bei II. 3. und 4. — Auch der zweite der oben angeführten Gründe, daß man nämlich in Fällen der zweiten Art (Darlehns-

Schulden u. dgl.) doch unmöglich von einer Versäumniß des Gläubigers reden könne, und darum der Anfang der Verjährung noch nicht Statt finde, scheint mir nicht zutreffend zu sein. Denkt man freilich an eine Verschuldung des Gläubigers, so ist diese allerdings nicht vorhanden, aber davon läßt sich doch auch eben so wenig bei demjenigen Gläubiger reden, welcher eine Stipulations-Schuld u. dgl. nicht alsbald eintreibt; faßt man aber die Versäumniß objektiv als Nichtausübung eines vollständig zuständigen Rechtsanspruchs auf, so ist diese offenbar bei einer Darlehns-Schuld nicht weniger, wie bei einer Stipulations-Schuld alsbald nach Abschluß des Kontrakts begründet. Ueberhaupt aber hat die Versäumniß des Gläubigers in der Verjährungs-Lehre nicht die Bedeutung, daß eine solche gleich von Anfang an vorhanden sein müsse, daß sie also die conditio sine qua non für den Anfang der Verjährung sei, sondern nur die, daß in der Nichtanstellung einer zuständigen Klage während langer Zeit sich eine solche Gleichgiltigkeit des Berechtigten manifestire, daß das Gesetz nach Ablauf dieser Zeit ohne alle Härte ihm sein Recht absprechen dürfe; und dieser Gesichtspunkt paßt offenbar nicht weniger für den Darlehns-, wie für den Stipulations-Gläubiger, denn wenn auch den erstren während der nächsten Wochen oder Monate nach hingegebenem Darlehn kein Vorwurf deßhalb treffen kann, weil er die Darlehnsschuld nicht eintreibt, so wird man doch gewiß nicht dasselbe sagen können, wenn er volle dreißig Jahre lang sich um diese seine Forderung nicht bekümmert! — Schließlich mag noch gegen die hier bekämpfte Ansicht angeführt werden, daß dieselbe in konsequenter Durchführung zu Resultaten gelangt, die nicht nur dem Geiste der Justinianischen Gesetzgebung über Klagen-Verjährung entschieden widersprechen, sondern auch praktisch ganz unausführbar erscheinen. Offenbar muß nämlich in Folge jener Theorie der Schuldner, welcher der condictio mutui die Einrede der Verjährung entgegensetzen will, den Anfangspunkt derselben beweisen, also daß und wann das Darlehn vom Gläubiger zurückgefordert worden sei, denn die Meinung Puchta's in seinen Vorles. Bd. I. S. 206 und Rudorff's ad h. l. Not. 3, daß die Beweislast dem Gläubiger obliege, weil zu vermuthen sei, daß die Verjährung sofort beginne, steht mit seinen Grundsätzen über Verjährung die cond. mutui, der a. depositi u. dgl. in offensichtlichem innern Widerspruche. Daraus würde aber mit Nothwendigkeit folgen, daß, wenn keine Kündigung erfolgte, oder doch der Schuldner das Dasein derselben nicht beweisen könnte, die condictio mutui noch nach hundert oder zweihundert Jahren gegen die Erben oder Erbeserben des ursprünglichen Schuldners angestellt werden könnte, ohne daß einer solchen Klage die Einrede der Verjährung entgegen gesetzt werden könnte!

3) Wenn der an sich begründeten Klage eine exceptio *temporalis* entgegengesetzt werden kann, so hemmt dies den Lauf der Verjährung nicht, es müßte denn die Hinwegräumung dieser Einrede ganz außer der Macht des Gläubigers sein, denn in dem letztren Falle ist es dem Effekte nach offenbar so, als wenn die actio noch nicht nata wäre. So fängt also z. B. die Klagen-Verjährung ungeachtet einer etwaigen Retentions- oder Exkussions-Einrede doch zu laufen an, während eine exc. pacti de non petendo temporalis allerdings die Verj. hemmt. -- Auch das Dasein einer exceptio *perpetua* steht an sich dem

Anfang und dem Fortlauf der Klagen-Verj. nicht entgegen, aber es leuchtet von selbst ein, daß hieraus keine irgend erhebliche praktische Folge hervorgehen kann.

II. Hält man die hier entwickelten Grundsätze fest, so läßt sich der Anfang der Klagen-Verj. bei den meisten einzelnen Rechtsverhältnissen sehr einfach bestimmen. Doch mögen zur Erläuterung und Vervollständigung des Gesagten einige Fälle noch besonders hervorgehoben werden:

1) Eine dingliche Klage kann natürlich nicht sogleich mit Entstehung des dinglichen Rechts, sondern immer erst mit wirklich erfolgter Rechtsverletzung zu verjähren anfangen, denn ohnedies ist ja gar kein möglicher Beklagter, und folglich auch nicht die rechtliche Möglichkeit einer Klage vorhanden. So kann also z. B. die Verj. einer rei vindicatio erst dann beginnen, wenn sich ein Dritter in einem unsrem Eigenthumsrechte widerstreitenden Besitze befindet, und unsrem Pachter, Kommodatar u. dgl. gegenüber kann demnach von einer Verjährung der Vindikation erst dann die Rede sein, wenn dieselben in eignem Namen zu besitzen anfangen, vgl. l. 2. l. 7. fin. C. de praescr. 30 annor. (7, 30). So kann die Verjährung einer actio negatoria erst dann anfangen, wenn sich Jemand wirklich an unsrer Sache eine Servitut anmaaßt u. dgl. m.

2) Beim Verkauf fängt die Verjährung mit dem Augenblicke des abgeschlossenen Vertrags an, und es ist gewiß irrig, wenn z. B. Thibaut, Syst. §. 1020 (9. Ausg. §. 206) lehrt, daß die Verjährung nicht eher beginnen könne, als bis der Kläger das ihm Obliegende geleistet habe. Es beruht dies auf der irrigen Ansicht, daß die s. g. exc. nondum adimpleti contractus eine negative Litiskontestation sei, während sie doch sicher nichts Anderes als eine exc. retentionis ist, vgl. unten §. 607. Anm. Natürlich gilt dasselbe auch von andren zweiseitigen Verträgen, namentlich von denen, welche die Römer zu den Innominat-Kontrakten zählten. Vgl. auch Kierulff S. 197. Not., Savigny S. 289 fgg., Sintenis S. 292 fgg. Not. 24 (welcher jedoch nur im Resultat, und nicht in den Gründen übereinstimmt).

3) Daß die *condictio mutui* regelmäßig sogleich vom Augenblicke des abgeschlossenen Kontrakts an zu verjähren anfängt, ist vorher (bei I. 2.) aus innern Gründen gegen die abweichende Meinung der meisten Neueren nachgewiesen. Mit diesem Resultat stimmt aber auch ein klares Gesetz überein, nämlich l. 94. §. 1. de solut. (46, 3).

Papin. „Sin autem communes numos credam aut solvam, *confestim pro parte mea nascetur et actio* et liberatio".

Die Beweiskraft dieser Stelle wird jedoch von Savigny S. 293 fgg. geläugnet, weil hier nach dem ganzen Zusammenhange das *confestim* nicht den Gegensatz zur Kündigung, sondern vielmehr nur den Gegensatz zur consumtio numorum bilden solle; während nämlich in dem vorher von Papinian betrachteten Falle, wenn blos fremdes Geld gegeben sei, ein mutuum erst dann entstehe, wenn das Geld konsumirt sei, so solle in diesem Falle, wenn gemeinsames Geld gezahlt sei, ein Mutuum zum entsprechenden Theile sogleich, also ohne daß eine Konsumtion des Geldes erforderlich sei, begründet sein. An der Richtigkeit dieser Auslegung läßt sich in der That gar nicht zweifeln, aber die Beweiskraft der Stelle ist dadurch nicht aufgehoben, denn gerade der Umstand, daß

Papinian den Gedanken „es sei hier sogleich ein Mutuum vorhanden" so ausdrückt „es sei hier sogleich die *condictio mutui* begründet" beweist denn doch bestimmt genug, daß er sogleich mit dem Dasein des Mutuum auch die Klage aus demselben als begründet annimmt; vgl. auch Lenz a. a. O. S. 240 fgg., meine angf. Abh. S. 310. — Natürlich gilt aber diese Regel nur dann, wenn über die Zeit der Rückgabe nichts besonders bedungen ist. Ist nämlich das Darlehn für eine bestimmte Zeit hingegeben, so versteht es sich von selbst, daß vor Ablauf dieser Zeit von der Verjährung keine Rede sein kann, daß aber die Verjährung auch sogleich mit dem Ablaufe derselben beginnt. Ist aber ausgemacht worden, daß die Rückgabe nach Kündigung geschehen solle, so kommt dies in der Regel so vor, daß auch noch eine bestimmte Frist festgesetzt ist, innerhalb welcher nach geschehener Kündigung die Rückzahlung erfolgen solle („drei Monate nach Aufkündigung"), und hier kann gewiß die Verjährung erst anfangen, wenn die Kündigung wirklich erfolgt, und die bedungene Frist abgelaufen ist, indem ja vorher die Klaganstellung rechtlich unzulässig ist. Hiermit sind denn auch die meisten Neueren einverstanden, vgl. z. B. Thon a. a. O. S. 3 fgg., Kierulff S. 195. Not., Savigny S. 295 fgg., Sintenis S. 294. Not. 28, Lenz S. 252 fgg., und die abweichende Meinung Mancher, z. B. Unterholzner's, Verj. §. 260. und Wächter's II. S. 809. Not. 15, daß die Verj. vielmehr sofort von dem Momente anfange, wo die Aufkündigung möglich war, jedoch natürlich mit Hinzurechnung der bedungenen Frist, stützt sich, abgesehen von manchen Nebengründen (vgl. dagegen bes. Thon a. a. O.), hauptsächlich nur auf den oben bei I. 1. widerlegten Grundsatz. Hat sich aber der Gläubiger die Rückgabe des Darlehns schlechthin „nach Kündigung" ausbedungen, ohne Beifügung einer weiteren Frist, so muß gewiß, wenn nicht etwa eine bestimmte Form der Kündigung festgesetzt ist, die Verjährung alsbald anfangen, denn „si decem, *quum petiero,* dari fuero stipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, et quasi sine mora, quam conditionem habet stipulatio", l. 48. de V. O. (45, 1), vgl. auch Thon S. 33 fgg., S. 54 fgg. Daß alle diejenigen a. M. sind, welche überhaupt die Verj. der cond. mutui erst mit erfolgter Kündigung beginnen lassen, wie Kierulff, Savigny u. s. w. versteht sich von selbst. Wenn aber z. B. auch Lenz S. 257 fgg., der im Uebrigen der richtigeren Ansicht folgt, in diesem Falle die Nativität der Klage erst nach erfolgter Kündigung annimmt, so beruht dies auf der irrigen Voraussetzung, daß der Gläubiger durch eine solche Klausel eine Schranke seines Rechts zu setzen beabsichtige (Lenz spricht von einem pactum de non petendo, nisi admonitio praecesserit), während vielmehr umgekehrt nach der Natur der Sache und nach den Gesetzen, vgl. l. 48. cit., darin der Regel nach eine Einschärfung der Verbindlichkeit des Schuldners liegt, indem damit der Gläubiger seinen Willen ausspricht, daß die Zahlung sogleich, wie er sie fordern werde, und ohne allen Verzug erfolgen solle. Daß möglicher Weise auch einmal eine andre Absicht zu Grunde liegen kann, und dann natürlich auch die Nativität erst später eintritt, versteht sich von selbst, vgl. auch arg. l. 22. de oper. libert. (38, 1), Demelius a. a. O. S. 178 fgg. — Diese Grundsätze über Verjährung der condictio mutui müssen aber bei dem verzinslichen Darlehen eine

Modifikation erleiden, denn es versteht sich von selbst, daß von einer Verj. keine Rede sein kann, so lange der Schuldner wirklich Zinsen bezahlt, und dieselbe beginnt also begreiflich erst nach der letzten geschehenen Zinszahlung, aber auch sogleich mit diesem Augenblick und nicht erst, wie Viele wollen (z. B. Savigny S. 305 fgg., Wächter S. 809. Not. 16. u. A. m.) von dem Zeitpunkt an, an welchem eine abermalige Zinszahlung hätte erfolgen sollen, l. 8. §. 4. C. de praescr. XXX. annor. (7, 39):

Justinian. „Exceptionem etiam XXX. vel. XL. annorum in illis contractibus, in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, *ex quo debitor usuras minime persolvit*";

vgl. Demelius S. 171 fgg. u. s. auch Arch. für prakt. R. II. S. 152 fgg., Unger II. S. 408. Anm.

4) Auch die *actio depositi* muß in Gemäßheit der oben entwickelten Prinzipien (bei I. 2.) sogleich mit der Perfektion des Vertrags zu verjähren anfangen, und auch hierfür kann ein deutlich redendes Gesetz angeführt werden, nämlich l. 1. §. 22. depos. (16, 3):

Ulp. „Est autem et apud Julianum libr. XIII. Dig. scriptum, eum, qui rem deposuit, *statim posse depositi agere*".

Freilich glaubt Savigny S. 299, daß diese Stelle, wenn man nur die folgenden Worte noch hinzufüge:

„hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, *quod reposcenti rem non reddat*",

vielmehr gegen unsre Ansicht spreche, indem ja darin bestimmt genug die Nativität der actio depositi abhängig gemacht sei von dem vorgängigen *reposcere*, und *statim* im Anfang der Stelle also offenbar nur die Bedeutung haben könne, daß sogleich nach geschehener Rückforderung, also nicht erst dann, wenn noch ein anderweiter dolus des Depositar hinzugekommen sei, die Klage angestellt werden könne. Diese Auslegung ist aber gewiß irrig. Verbindet man nämlich mit den abgedruckten Worten die beiden vorhergehenden §Sen 20 und 21, und lies't den §. 22 bis ans Ende („*condemnationis* tempore"), so scheint es unzweifelhaft, daß das *reposcere* nicht von einer der Anstellung der Klage vorhergehenden Rückforderung, sondern eben nur von der *actio depositi* selbst verstanden werden muß, und der Sinn also einfach der ist „die a. depositi kann sogleich, nachdem die Uebergabe geschehen ist, angestellt werden, und wenn hierauf der Beklagte die deponirte Sache nicht zurückgibt, so liegt schon darin allein ein dolus, der die condemnatio des Beklagten zur Folge haben muß"; vgl. auch Lenz a. a. O. S. 241 fgg., meine angef. Abh. S. 306 fgg. Daß gegen dieses Resultat auch die l. 13. §. 1. depos. (16, 3) nicht angeführt werden kann, sondern daß vielmehr umgekehrt auch diese Stelle vermöge des argumentum a contrario gar sehr unsre Ansicht unterstützt, leuchtet von selbst ein, indem hier nicht von der actio depositi, sondern in offensichtlichem Gegensatz zu dieser Klage, von einer davon ganz verschiedenen condictio die Rede ist; meine Abh. S. 309 fgg. Vgl. auch überhaupt Demelius a. a. O. S. 173 fgg. S. 181 fgg.

5) Anders verhält es sich dagegen mit der *actio pignoraticia in per-*

sonam directa. Diese ist nämlich nicht eher begründet, als bis die Pfandschuld getilgt ist, **l. 9. §. 3. de pignor. act. (13, 7):**

> *Ulp.* **„Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoraticia actio"**

vgl. l. 9. §. 5. eod., und vorher kann also auch natürlich von einem Anfange der Verj. keine Rede sein. Obwohl dies schon seit der Glossatoren-Zeit bestritten ist, so hat sich doch von jeher die Mehrzahl der Juristen für die richtige Meinung ausgesprochen, vgl. z. B. Glück XIV. S. 170 fgg. und die dort in Not. 50 zahlreich Angeff., Thon S. 16. Not., Kierulff S. 193. Not., Savi... S. 299 fgg., Demelius S. 191 fgg. u. A. m., und in der That beruht die abweichende Meinung, wornach die Verjährung vielmehr sogleich m... Uebergabe des Pfands beginnen soll, vgl. z. B. die bei Glück a. a. O. N... Angeff. und unter den Neueren Unterholzner, Verj. §. 264, wesentlic... auf dem oben bei I. 1. widerlegten irrigen Grundsatz. Die Mittelmei... welche früher Sintenis, Pfandr. S. 610 fgg. vertheidigte, daß die Verjä... der Pfandklage dann beginne, wenn die Hauptschuld zahlbar sei, und ... also die Verjährung der Schuldklage und der Pfandklage zu gleicher Zeit a... beruht auf gar keinem haltbaren Grunde, und ist jetzt mit größtem Red... ihrem Urheber aufgegeben worden, vgl. Sintenis, prakt Zivilr. I. S. 2... Not. 29.

6) Was das Kommodat anbelangt, so kommt dasselbe in der ... vor, daß eine Sache zu einem bestimmten, vertragsmäßig festgesetzten G... hingegeben wird, und dann kann natürlich erst, nachdem dieser Gebra... ständig gemacht ist, die **actio commodati** angestellt werden, vgl. auch **l. ... commodati (13, 6):**

> *Paul.* **„— — *intempestive* usum commodatae rei auferre, n... cium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum a... dumque".**

Ist aber keine solche besondre Bestimmung getroffen worden, was allerdin... möglich ist (vgl. §. 691. Anm. a. E.), so muß hier gewiß gerade so, ... denselben Gründen, wie bei dem Mutuum, gesagt werden, daß die acti... **modati** sogleich mit der Perfektion des Kontrakts zu verjähren anfängt.

7) Auch das *interdictum de precario* fängt nach der richtigeren, sehr bestrittenen Ansicht sogleich mit der Uebergabe der Sache zu verjäh... vgl. darüber unten §. 691. Anm. bei III. 2, und ohne Zweifel ganz muß auch von der, im neueren römischen Rechte auf Rückgabe eines Pr... zugelassenen *actio praescriptis verbis*, vgl. die zit. Anm. bei III. 3 ... nommen werden.

8) Wann die Klage aus einem *pactum de retrovendendo* zu ve... anfange, ist sehr bestritten, vgl. Glück XVI. S. 206 fgg., Unterho... Verj. §. 265, Demelius S. 194 fgg. Das Richtigste ist doch gewiß, ... mit der Uebergabe der Sache an den Käufer — wenn Manche, z. B. Unterholzner a. a. O. Statt dessen schon den Abschluß des Vertrags n... ..., so ist dies sicher irrig, vgl. Glück S. 213, Thon S. 3 fgg. — die Verjährung beginnen zu lassen, denn im Grunde ist doch jener Nebenvertrag nur ein gewöhn-

liches Kaufgeschäft, dessen Realisirung der Willkür des Käufers überlassen ist. Daß alle Diejenigen, welche eine Rechtsverletzung für eine Voraussetzung der Nativität erklären, a. M. sind, und die Verj. erst dann anfangen lassen, wenn der Verkäufer den Wiederkauf begehrt hat, braucht wohl kaum besonders bemerkt zu werden, vgl. z. B. Kierulff S. 194. Not., Savigny S. 304 fgg., Sintenis S. 294 fgg. u. A. m.

c) Ablauf der gesetzlichen Zeit. §. 148.

Ein Verzeichniß der Klagen, die von der regelmäßigen 30jährigen abweichen, s. man bei (Göschen) Grundriß S. 67 fgg., Vorl.

In Betreff der Extinktiv-Verjährung privilegirte Personen sind

Unmündigen. Obschon Theodos in l. 3. C. de praescr. §. 146) bestimmt verordnet, daß Klagen während der Unmündigkeit ers gar nicht verjähren sollen, so hat man doch wegen der ig behauptet, bei Unmündigen müsse wenigstens die 40jährige reten, weil es dort heiße, eine Klage solle in keinem Falle länger auern. Dies ist aber gewiß irrig, denn schon den Worten dieses ann dasselbe nicht auf schon gesetzlich entschiedene Fälle, sondern bezogen werden, bei denen dem Richter ein Zweifel übrig bleiben ommt aber noch, daß das Theodosische Gesetz über Unmündige älteren Verordnungen als durchaus praktisch erwähnt wird, nämlich l. und in Nov. 22. c. 24. Auf alles dieses hat vorzugsweise am gemacht in v. Löhr's Magaz. IV. S. 284 fgg.; vgl. auch t. Ausf. I. No. 3, und VII. No. 3, und seitdem ist die richtige allgemein angenommen worden, z. B. auch von Wening §. 39, frühern Ausgaben der entgegengesetzten Ansicht folgte, vgl. auch v. Arch. IX. Nr. 23, Heimbach a. a. O. S. 354 fgg.

Minderjährigen, die nach Justinian's Verordnung in l. ult. s. in integr. rest. nec. non est (2, 41) insofern privilegirt sind, *emporales* während der Minderjährigkeit gar nicht, actiones ganz ungehindert verjähren. Vgl. auch Haimberger im civ. 229 fgg. Die bisweilen (z. B. auch von Heimbach a. a. O. igte Lehre, daß h. z. T. wegen angeblicher völliger Gleichstellung en und der Unmündigen auch für die Ersteren keine 30jährige t könne, ist völlig unbegründet.

rchen. Sofern nämlich die Klagen derselben der Regel nach er in 30 Jahren verjähren würden, sollen sie nach Justinian's Nov. 111. und Nov. 131. c. 6. erst nach 40 Jahren verloren geringerer Zeit, als in 10 Jahren verjährenden Klagen findet aber keine Ausnahme Statt. Durch das Kanon. Recht (nicht aber schon wie in der Auth. quas actiones C. de S. S. eccles. (1, 2) behauptet zu sein scheint,

durch das römische) ist noch insbesondere für die Kathedralkirche in Rom bestimmt worden, daß deren Klagen nur einer 100jährigen Verjährung unterworfen sein sollten, C. 13. 14. 17. X. de praescr. (2, 26), c. 2. eod. in 6to. (2, 13), Unterholzner I. §. 40 fgg., Savigny S. 354 fgg., Heimbach S. 357 fgg.

4) Sehr allgemein (vgl. Heffter in Bekker's Jahrb. VI. S. 1 fgg.) pflegt man auch dem Fiskus (und folgeweise auch dem Regenten und der Regentin l. 6. §. 1. de jure fisci) das Vorrecht einzuräumen, daß seine Klagen erst in 40 Jahren verjähren, indem man nämlich hierher das Anastasische Gesetz über zweifelhafte Fälle in l. 4. C. de praescr. 30 annor. zieht. In der That läßt sich aber eine solche 40jährige Verjährnng nur für die Klagen des Fiskus in Bezug auf fundi patrimoniales rechtfertigen, l. ult. C. de fund. patrimon. (11, 61); und gerade diese einzelne gesetzliche Entscheidung, in der durchaus kein Bezug auf die allgemeine l. 4. C. *de praescr. 30 annor.* genommen ist, kann so wenig ein Stützpunkt für die herrschende Lehre sein, daß sie derselben vielmehr sehr entscheidend entgegen tritt; vgl. auch l. 6. C. de fundis rei priv. (11, 65). Steuerforderungen sind jedoch für unverjährbar erklärt, l. 6. C. de praescr. XXX. annor. (7, 39), und fiskalische Strafklagen verjähren schon in zwanzig Jahren, l. 13. pr. de div. temp. praescr. (44, 3), l. 2. §. 1, l. 3, l. 4. de requirendis (48, 17), l. 1. §. 3. de jure fisci (49, 14). Vgl. auch Savigny S. 359 fgg.

5) Wenn man endlich auch nicht selten den Städten die Befugniß zuspricht, daß ihre Klagen erst in 40 Jahren erlöschen sollen, so hat man in neuerer Zeit sehr allgemein die Unhaltbarkeit dieser Meinnng eingesehen. Allerdings verordnet Justinian in l. 23. C. de S. S. eccles. (1, 2), Klagen der Kirchen und der Städte sollten 100 Jahre lang angestellt werden können. In der Nov. 111. erklärt aber der Kaiser die 100jährige Verjährung für durchaus unzweckmäßig, und giebt den Kirchen eine vierzigjährige, wobei er noch die Klausel hinzufügt, daß circa alias personas et causas die 30jährige Verjährung eintreten soll, denn die 10 weitern Jahre seien blos zu Gunsten der religiosi loci hinzugefügt. Nun ist doch gewiß soviel klar, daß von einer 40jährigen Verj. der Städte unmöglich die Rede sein kann, und höchstens könnte die Meinung entstehen, daß für die Städte noch immer die 100jährige Verj. fortdauere, da sie in der Nov. 111. für diese nicht ausdrücklich aufgehoben sei, eine Meinung, die wirklich von Manchen, z. B. selbst von Donell, comm. jur. civ. V. 31. §. 9. vertheidigt wird, vgl. auch *Cujac.* obss. V. 5. Man muß sich aber auch hiergegen erklären, und bei den Städten ganz die regelmäßige Verj. von 30 Jahren zulassen, weil jene angeführte Klausel offenbar auch die Städte trifft, und insbesondere wird dies noch durch den Tadel bestätigt, den Justinian allgemein über die 100jährige Verj. ausspricht; vgl. auch Unterholzner I. §. 45, Braun Erörter. S. 885 fgg., Fritz, Erläuter. I. S. 94 fgg., (Göschen) Grundriß S. 72, Vorles. I. §. 151 a. E., Kierulff S. 205. Not., Savigny S. 359, Puchta §. 91. Not. dd., Pfeiffer im ziv. Arch. XXVIII. 6, Heimbach S. 362 fgg. Vgl. auch Sarwey's Monatsschr. XX. S. 32 fgg.

γ) Bona fides. §. 149.

Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bei der Verj. Erl. 1820. §. 19 fgg. S. 111 fgg., Unterholzner, Verj. I. §. 92, Savigny S. 326 fgg., *Hildebrand*, de bona fide rei propriae debitori ad temp. praescript. haud necessaria. Monach. 1843, Ders. im ziv. Arch. XXXVI. S. 27 fgg., Heimbach a. a. O. S. 427 fgg. Vgl. auch Flach, Entscheid. III. S. 63 fgg.

1) *Alexander III.* cap. 5. X. de praescript. (2, 26): Vigilanti studio cavendum est, ne malae fidei possessores simus in praediis alienis, quoniam nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se aliena noverit possidere, cum bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator (i. e. Theodos II. in l. 3. C. de praescr. XXX. annor.; cf. *Püttmann*, de legislatore Ephesino in dem lib. singul. Probabil. jur. civil. Lips. 1768. pag. 153 sqq.) solum propter vitandam miserorum segniciem et longi temporis errorem et confusionem primus tricennali vel quadragenali praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitis quam latentibus placuit non habere vigorem.

2) *Innocent. III.* cap. 20 eod.: Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica quam civilis, cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

δ) Keine Unterbrechung der Verjährung. §. 150.

Savigny S. 312 fgg. — Ueber die Unterbrechung der Verj. durch Einleitung des Prozesses vgl. noch insbesondre außer Savigny S. 316 fgg., Sintenis, Erläutr. S. 150 fgg., prakt. Zivilr. I. S. 299 fgg., Pfotenhauer, über die Unterbrechung der Klagenverj. Leipz. 1843. (auch in der Sächs. Zeitschr. für Rechtspfl. N. F. III. S. 237 fgg. 287 fgg.), Wächter, Erörter. H. III. S. 89 fgg., Heimbach a. a. O. S. 510 fgg., Demelius a. a. O. S. 60 fgg. S. 105 fgg.; vgl. auch Schäffer in Gieß. Zeitschr. N. F. VIII. S. 276 fgg., Ahrens ebendas. XII. S. 319 fgg.

1) L. 3. C. de praescr. XXX. annor. verb.: nec sufficiat precibus oblatis rel. (s. Text §. 146).

2) *Justinian.* l. 2. C. de annali except. Ital. contr.: Ut perfectius omnibus consulamus, et nemini absentia, vel potentia vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia: sancimus, si quando adfuerit is, qui res alienas vel creditori obnoxias detinet, et desiderat dominus rei vel creditor intentionem suam proponere, et non ei licentia sit, absente suo adversario, qui rem detinet, vel infantia, vel furore laborante, et neminem tutorem vel curatorem habente, vel in magna potestate constituto, sua auctoritate eas res usurpare: licentia ei detur, adire praesidem provinciae, vel libellum ei porrigere, et hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora et interruptionem temporis facere, et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem. Sin autem nullo potuerit modo praesidem adire, saltem ad locorum episcopum eat vel defensorem civitatis et suam manifestare voluntatem in scriptis deproperet. Sin autem abfuerit vel praeses vel episcopus vel defensor civitatis, liceat ei proponere publice, ubi domicilium habet possessor, seu cum tabulariorum subscriptione, vel si civitas tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione; et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit.

c) Wirkungen der Klagen-Verjährung. §. 151.

Anm. Man muß hierbei zwischen dinglichen und persönlichen Klagen unterscheiden. Was:

1) die ersten anbelangt, so ist es ausgemacht, daß mit der Klage nicht auch das zu Grunde liegende Recht verloren geht, l. 8. §. 1. C. de praescr. XXX. annor. und nur bei der Pfandklage verhält sich dies anders, denn wenn dieselbe gegen den Verpfänder verjährt ist, was seit der Verordnung Justins in l. 7. C. de praescr. 30. annor. allerdings vorkommen kann, so ist auch damit das Pfandrecht selbst erloschen, „nullum enim pignus est, cujus persecutio negatur“, l. 27. pr. de noxal. act. (9, 4), ein Satz, welcher aus der, in der Lehre vom Pfandrecht näher zu entwickelnden Natur dieses Rechts als einer obligatio rei hervorgeht; vgl. unten §. 363. Anm.

2) Was aber die actiones in personam betrifft, so ist es h. z. T. noch sehr streitig, ob blos die Klage durch Verjährung verloren gehe, so daß also eine naturalis obligatio mit den dieser eigenthümlichen Wirkungen bestehen bleibe, oder ob mit der Klage auch das ganze Recht zusammenfalle. Die Vertheidiger

der ersten Meinung (vgl. z. B. Weber, nat. Verb. §. 92. und in den Beiträgen zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden S. 54 fgg.; Guyet im ziv. Arch. XI. 5, Francke, ziv. Abh. S. 73 fgg., Unterholzner, Verj. §. 258, Schuldverh. I. §. 247, Roßhirt in seiner Zeitschrift Bd. I. S. 156 fgg., S. 390 fgg., Puchta, über die gerichtlichen Klagen S. 96 fgg., Mühlenbruch, Kommentar XXXV. S. 462. Not. 67. und Lehrb. §. 481, Göschen, Vorles. I. §. 154, Puchta, Lehrbuch §. 92, Vorles. I. ad h. l. und Beil. VI. (4. Aufl. S. 210 fgg. S. 469 fgg.), Savigny S. 366 fgg. Obligat. I. S. 96 fgg., *Fick*, quid intersit, quoad vim tempore in jus exercitam rel. Cass. 1847. p. 46 sqq., Demelius a. a. O. S. 64 fgg., Brinz, Lehrbuch. §. 47 gegen E. S. 164 fg. u. A. m.) stützen sich im Wesentlichen auf folgende Gründe:

a) Für diese Ansicht spreche schon die Analogie der actiones in rem, denn da hier anerkannter Weise das Recht bestehen bleibe, so müsse dies gewiß auch bei den actiones in personam der Fall sein.

b) Ferner folge dies auch aus der bestimmten Regel des röm. Rechts, daß die Exzeptionen unverjährbar seien, l. 5. §. 6. de dol. mal. exc. (44, 4). Es könne also, wenn auch die Klage verjährt sei, nicht auch die exceptio aus dem der Klage zu Grunde liegenden Rechte als verjährt betrachtet werden.

c) Eine fernere Regel des römischen Rechts sei, wenn eine exceptio gegen eine Klage in odium creditoris, nicht aber in favorem debitoris eingeführt sei, so bleibe immer eine naturalis obligatio bestehen, l. 19. 40. pr. vgl. mit l. 51. de cond. indeb. (12, 6), l. 9. §. 4. 5, l. 10. ad SC. Maced. (14, 6). Durch die Klagenverjährung solle nun aber die Nachlässigkeit des Gläubigers bestraft werden, wie dies in mehreren Gesetzen ganz bestimmt gesagt werde, l. 3. C. de praescr. 30. annor. verb.: rerum ne qua otioso rel. l. 2, l. 3. fin. C. de annali exc., und daraus gehe von selbst hervor, daß, wenn auch die verjährte Klage durch eine Einrede entkräftet werde, doch noch eine naturalis oblig. bestehen bleibe, was insbes. auch noch dadurch bestätigt werde, daß die Gesetze immer nur von einer submotio oder extinctio *actionis*, nicht aber von einem Erlöschen des Rechts durch Verjährung redeten, vgl. l. un. C. Th. de *actionibus* certo tempore finiendis (4, 14), l. 3. 4. 7. C. de praescr. 30. annor., Nov. Valent. tit. 27. c. 1. pr. §. 3—6.

d) Vorzüglich spreche auch noch für diese Ansicht die Bestimmung, daß, wenn auch die Forderungsklage durch Verjährung erloschen sei, das Pfandrecht für die Forderung nichts desto weniger fortdaure, l. 7. C. de praescr. 30. annor, l. 2. C. de luit. pignor. (8, 31), was doch unmöglich sei, wenn wirklich das ganze Recht erlösche.

So scheinbar aber auch diese Gründe sein mögen, so muß man sich doch bei genauerer Ueberlegung für die entgegengesetzte Ansicht erklären, welche auch in neuerer Zeit immer mehr Anhänger gefunden hat, vgl. v. Löhr im ziv. Archiv X. S. 70 fgg., Heimbach in Gießer Zeitschrift I. S. 436 fgg., Vermehren ebendas. II. S. 319 fgg., Büchel, zivilrechtliche Erörtr. No. 1. Marb. 1832. 2. Aufl. 1847. (wo auch in mehreren Nachträgen S. 88 fgg. auf den gegenwärtigen Standpunkt dieser Streitfrage hingewiesen wird), Kierulff S. 210 fgg., Sintenis

in Zu-Rhein's Jahrb. für Proz. I. S. 249 fgg., prakt. Zivilr. I. S. 302 fgg., *v. d. Pfordten*, de oblig. civ. in natur. transitu §. 6, Flach, Entscheid. III. S. 58 fgg., *Molitor*, obligat. I. p. 51 sqq. III. p. 336 sqq., Wächter, Handb. II. S. 818 fgg., Dahn, über die Wirkung der Klagenverj. bei Oblig. Münch. 1855, Windscheid, Actio S. 38 fgg., Bekker in sein. und Muther's Jahrb. IV. S. 408 fgg., Schwanert, Naturalobligg. S. 452 fgg., *Massol*, de l'obligation naturelle p. 91 sqq., *Machelard*, des oblig. naturelles p. 450 sqq. und die Lehrbücher von Thibaut 8. Aufl. §. 1019, 9. Aufl. §. 205 (früher war Thibaut a. M., s. dessen Besitz und Verj. §. 39), Schweppe §. 173, Wening §. 43, Schilling II. §. 116, Arndts §. 277. Sehen wir ganz ab von den aus der Natur der Sache entnommenen Gründen, die m. E. ganz entscheidend für die stärkere Wirkung der Extinktiv-Verj. sprechen — denn es bedarf wohl keiner Ausführung, daß dann, wenn wirklich eine natur. oblig. übrig bliebe, und der Gläubiger auch nach verjährter Klage sein Recht noch durch Exzeptionen, namentlich durch Kompensation, geltend machen könnte, der Zweck des ganzen Instituts so offensichtlich verfehlt würde, daß man die Einführung desselben nicht wohl begreifen könnte —, sehen wir, sage ich, hiervon ab, und halten uns lediglich an die Aussprüche der Gesetze, so kommt es hierbei vorzüglich auf folgende Punkte an:

1) Was zunächst die Analogie der actiones in rem anbelangt, so fällt dieselbe von selbst hinweg, wenn man die so ganz verschiedene Natur der diesen Klagen zu Grunde liegenden Rechte in's Auge faßt. Das Obligationen-Recht besteht ja im geraden Gegensatz zum dingl. Recht, seinem ganzen Wesen nach nur darin, daß man von einer dritten Person etwas fordern kann, während das dingliche Recht die von Handlungen Dritter ganz unabhängige totale oder partielle Herrschaft über Sachen giebt. So unnatürlich es also bei dem letztern wäre, wenn mit der dinglichen Klage das davon völlig verschiedene dingliche Recht selbst wegfiele, so natürlich ist dies gerade bei der obligatio, die ihrem Wesen nach mit der actio zusammenfällt, weshalb auch bekanntlich häufig in unsern Quellen actio für obligatio steht; vgl. z. B. l. 3. pr. de bon. poss. (37, 1), vgl. mit l. 49. und 91. de V. S.; l. 8. §. 7—11, l. 24. §. 3. ad SC. Vellej. (16, 3) u. s. w.

2) Hierdurch fällt denn auch von selbst das Argument hinweg, welches man aus den Ausdrücken der Quellen über Extinktiv-Verjährnng entnimmt, denn die submotio oder extinctio actionis kann hiernach ohne Schwierigkeit die Erlöschung der obligatio bedeuten, und daß dies wirklich der Fall ist, geht insbesondere daraus hervor, daß an mehreren Stellen mit klaren Worten die Erlöschung des Rechts selbst als Wirkung der Extinktiv-Verj. angegeben wird; vgl. bes. l. 4. C. de praescr. 30 annor. verb.: nullumque *jus* — —, *quod* praedictorum 40 annorum *extinctum* est jugi silentio; vgl. auch l. 9 eod.

3) Diesem Resultat steht auch nicht die Bestimmung des röm. Rechts entgegen, wornach, wenn in odium creditoris eine Klage hinwegfalle, eine naturalis oblig. übrig bleibe; denn es ist eine irrige Behauptung, daß die Klagenverj. zur Strafe des Kreditors eingeführt sei; und was sollte denn auch gestraft werden? Ist denn etwa die Nichtanstellung einer zuständigen Klage eine

strafbare Handlung? Vielmehr ist der einzig wahre Grund der Klagenverjährung der allgemeine aller Verjährung, daß nämlich ein endlicher Rechtsfriede möglich werde. Wenn darneben doch an manchen Stellen die desidia des Klägers erwähnt wird, so geschieht dies offenbar nicht, um damit den Grund der Klagenverjährung anzugeben, sondern nur, um dieselbe zu rechtfertigen, damit sie nicht als etwas Hartes erscheinen möge. Wenn nun aber nicht in odium creditoris, sondern aus ganz andern Gründen gegen eine verjährte Klage eine exceptio opponirt werden kann, so muß nothwendig das Prinzip eintreten, daß eine exc. pepetua das gegenüberstehende Forderungsrecht ganz vernichte. — Wenn jetzt Savigny S. 375 fgg., um dieser Schwierigkeit zu entgehen, die ganze quellenmäßige Unterscheidung zwischen exceptiones in odium creditorum und in favorem debitorum comparatae verwirft, indem sie nur eine unüberlegte Abstraktion römischer Juristen aus zwei einzelnen Fällen sei, nämlich aus der exc. SCti Macedon. und SCti Vellejani, und wenn er dann Statt dessen eine andre Unterscheidung aufstellt zwischen Exzeptionen, welche aus dem jus civile, und solchen, welche aus dem jus gentium hervorgehen, vgl. auch Fein im ziv. Archiv XXVI. S. 384 fgg., Buchka, Einfl. des Proz. Band I. S. 320 fgg., so entbehrt diese neue Doktrin selbst des „quellenmäßigen Scheins" so sehr, daß sie nicht nur nirgends in den Quellen angeführt wird — denn die von Savigny nicht einmal genannte l. 66. de R. J. hat gewiß einen andren Sinn —, sondern vielmehr mit den Quellen in offnem Widerspruche steht, vgl. z. B. Vat. fragm. §. 266, und s. auch Büchel a. a. O. 2te Auflage. S. 414 fgg.

4) Ein nicht unerhebliches Argument für die stärkere Wirkung der Extinktiv-Verjährung liegt auch darin, daß der richtigeren Ansicht nach der Zeitablauf bei actiones *temporales* eine Aufhebung des ganzen Rechts herbeiführt. In Betreff dieser letzteren Klagen heißt es nämlich nicht blos in einer ganzen Reihe von Stellen: *obligatio* oder *causa* oder *res* certo tempore finitur, vgl. z. B. l. 8. pr. de negot. gest. (3, 5), l. 1. §. 3. quando de peculio (15, 2), l. 1. §. 7. de contr. tut. act. (27, 4), l. 55. de legat. I., l. 6. de O. et A., l. 21. §. 2. de fidejussor. (46, 1), l. 2. C. in quib. caus. in integr. rest. (2, 41), sondern wir finden auch noch außerdem, daß mit Verjährung der Temporalklage sowohl die vorher eingegangene Bürgschaft wegfällt, als auch keine neue mehr eingegangen werden kann, l. 37. de fidejuss. (46, 1), l. 38. §. 4. de solut. (46, 3); ferner, daß kein constitutum mehr eingegangen werden kann, wenn die actio temporalis verjährt ist, l. 18. §. 1. de constit. pec. (13, 5), und daß eine condictio des nach verjährter Klage Gezahlten Platz greift, l. 25. §. 1. ratam rem haberi (46, 8); aus welchem Allen doch wohl mit Evidenz hervorgeht, daß nach vollendeter Verjährung von einer übrigbleibenden naturalis obligatio keine Rede sein kann. — Hierin kann nun freilich kein direkter Beweis für die gleiche Wirkung der Theodosischen Verjährung gefunden werden, da die Bedeutung des Zeitablaufs nicht ganz dieselbe bei actiones temporales und bei actiones perpetuae ist, woraus es sich auch erklärt, daß Manche ohne inneren Widerspruch für actiones temporales die stärkere und deßungeachtet für actiones perpetuae nur die schwächere Wirkung annehmen, vgl. z. B. *Fick* l. c, p. 16 sqq. 46 sqq., Demelius a. a. O. S. 64 fgg., Brinz, Lehrb.

§. 47. S. 162 fgg. Dennoch aber scheint es mir unzweifelhaft, daß wir mindestens mit großer Wahrscheinlichkeit von der einen Klaggattung auf die andre zu schließen berechtigt sind. Die Verschiedenheit Beider besteht nämlich im Wesentlichen darin, daß bei **actiones temporales** die Einhaltung der Verjährungszeit die Voraussetzung für die Zulassung der Klage ist, während bei **actiones perpetuae** die Nichteinhaltung der Zeit die Klage zum Erlöschen bringt, daß also dort mehr der Charakter einer suspensiven, hier mehr der einer resolutiven Bedingung hervortritt. Da nun aber der Eintritt einer suspensiven und der Wegfall einer resolutiven Bedingung im Wesentlichen ganz dieselben Wirkungen äußern, so erscheint es als konsequent, daß auch der Ablauf der Verjährungszeit keine schwächeren Wirkungen bei **actiones perpetuae** hervorbringt als bei **actiones temporales.**

5) Wenn hiergegen noch die Rechtsregel angeführt wird, daß Exzeptionen unverjährbar seien, so ist dies gewiß irrelevant. Denn die **exceptiones** sind darum unverjährbar, weil, wie Paulus in **l. 5. §. 6. de dol. mal. exc. (44, 4)** sagt: **is, cum quo agitur, non habet potestatem, quando conveniatur.** Dies paßt aber offenbar nicht für den Fall, wenn dem Berechtigten zugleich eine Klage zustand, denn hier stand es ja allerdings in seiner Macht, sein Recht auszuüben, und dieser Grund ist auch ganz entscheidend gegen ein anderes Argument, welches mehrfach, z. B. auch von Savigny S. 350. gegen unsre Ansicht vorgebracht ist, daß es nämlich anerkannter Weise für eine **obligatio naturalis** keine Extinktiv-Verjährung gebe, und es doch ganz grundlos und unnatürlich sei, denjenigen Gläubiger, welcher durch Verjährung seine Klage verloren habe, in eine nachtheiligere Lage zu versetzen, als denjenigen, welcher niemals eine Klage hatte!

6) Schwierigkeit machen aber allerdings die Bestimmungen unserer Gesetze über die Verjährung der Pfandklage. Theodos verordnete nämlich in **l. 3. C. de praescr. 30 annor.**, dieselbe solle gegen den Verpfänder durchaus unverjährbar sein, während Justin. in **l. 7. eod.** zwar eine Verjährung, aber nur eine 40jährige anerkannte. Wenn nun also die Schuldklage in 30 Jahren verjährt, die Pfandklage also noch 10 Jahre darüber hinaus fortdauern soll: so scheint dies nicht wohl anders erklärt werden zu können, als daß trotz der Verjährung der Schuldklage doch noch eine **natural. oblig.** bestehen bleibe, weil mit dem Untergang des ganzen Rechts auch nothwendig das accessorische Pfandrecht und also auch die Pfandklage untergehen müßte; und hiermit wird denn auch in Verbindung gebracht das berühmte Reskript von Gordian in **l. 2. C. de luit. pign.: Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota.** Man hat diese Stellen auf sehr verschiedene Weise zu erklären gesucht. Was namentlich die **l. 7. cit.** anbelangt, so will v. Löhr a. a. O. dieselbe nur von dem Fall verstehen, wo zwar die **actio hypothecaria**, nicht aber die **actio personalis** zu verjähren angefangen habe, und Heimbach a. a. O. meint, man müsse hierbei an einen Fall denken, wo für eine **naturalis obligatio**, die natürlich unverjährbar sei, ein Pfand bestellt sei. Beide Erklärungen sind aber offenbar gegen die allgemeinen Worte der **l. 7. cit.**, und eben so wenig läßt sich Löhr's Interpretation der **l. 2. cit.** rechtfertigen; denn wenn derselbe so übersetzt:

ein Pfand könne auch bestehen, obgleich die Forderung selbst keine Klage hervorbringe, so daß also hier nur der Satz ausgesprochen wäre, ein Pfand könne auch für eine naturalis obligatio bestellt werden, so deuten ja die Worte *durare* und *submoto* auf das Fortbestehen des Pfandrechts nach hinweggefallener Klage. — In der That läßt sich bei unbefangener Betrachtung dieser Gesetze nicht in Abrede stellen, daß die Pfandklage noch fortdauern kann, obwohl die actio personalis verjährt ist, aber dies erklärt sich auch, wenn man nur den, freilich sehr oft übersehenen, in der Lehre vom Pfandrecht auszuführenden Satz in's Auge faßt, daß die Pfandklage nur dann erlösche, wenn die Forderung durch Zahlung getilgt, oder der Gläubiger auf andere Art zufrieden gestellt ist, oder es doch mit dem Willen des Gläubigers nicht zu seiner Befriedigung kam; vgl. l. 13. §. 4. de pignorib. (20, 1), l. 59. pr. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 38. §. 5. de solut. (46, 3), vgl. unten §. 392. Anm. Da nun bei Erlöschung der Forderung durch Extinktiv-Verjährung keine dieser Voraussetzungen eintritt, so muß allerdings die Pfandklage bestehen bleiben, und man muß dann mit Paulus im l. 59. cit. für einen solchen Fall sagen: *remanet propter pignus obligatio naturalis*. Es dauert also nicht das Pfandrecht fort, weil trotz der Klagen-Verjährung noch eine naturalis oblig. übrig bleibt, sondern umgekehrt, wegen der eigenthümlichen Grundsätze über die Erlöschung der Pfandklage muß, wenn diese fortdauert, auch noch die Fortbauer einer naturalis oblig. angenommen werden, während, wenn kein Pfandrecht bestellt worden wäre, allerdings das ganze Recht untergegangen sein würde, vgl. besonders Büchel a. a. O. S. 40 fgg. und Bekker a. a. O. S. 417 fgg.

Anhang. Von der s. g. Verjährung der Litispendenz. §. 152.

Linde in der Gießer Zeitschr. II. S. 153 fgg., Savigny, Syst. V. S. 322 fgg., Buchka, Einfluß des Proz. auf die mat. Rechtsverh. II. S. 55 fgg., Wächter, Erörtr. H. III. S. 96 fgg., Heimbach a. a. O. S. 514 fgg.

Justinian. l. 9. C. de praescript. 30. annor.: Saepe quidam suos obnoxios in judicium vocantes, et judicariis certaminibus ventilatis, non ad certum finem lites perducebant, sed taciturnitate in medio tempore adhibita, propter potentiam forte fugientium, vel suam imbecillitatem, vel alios quoscunque casus, cum sortes humanae multae sint, quae nec dici nec numerari possunt, deinde jure suo lapsi esse videbantur, eo quod post cognitionem novissimam triginta annorum spatium effluxerit, et hujusmodi exceptione opposita, suas fortunas ad alios translatas videntes, merito quidem sine remedio antea lugebant. Quod nos corrigentes, eandem exceptionem, quae ex triginta annis oritur, in

hujusmodi casu opponi minime patimur. Sed licet personalis actio ab initio fuerit instituta, eam tamen in quadragesimum annum extendimus, cum non similis sit, qui penitus ab initio tacuit, ei, qui et postulationem deposuit, et in judicium venit et subiit certamina, litem autem implere per quosdam casus praepeditus est. Sed licet ipse actor defecerit, tamen suae posteritati hujus causae cursum eum relinquere posse definimus, ut ejus heredibus vel successoribus liceat eam adimplere, nullo modo triginta annorum exceptione sublatam. Quod tempus, i. e. quadraginta annorum spatium, ex eo numerari decernimus, ex quo novissima processit cognitio, postquam utraque pars cessavit. — Cf. l. 1. §. 1. C. de annali except.: — — exceptis omnibus actionibus, licet personales sint, quae in judicium deductae sunt et cognitionalia acceperunt certamina et postea silentio traditae sunt, in quibus non triginta, sed quadraginta annos esse exspectandos, ex quo novissimum litigatores tacuerunt, lex nostra antea promulgavit.

Anm. 1. Während früher der Kläger gegen alle Verj. auf immer gesichert war, wenn einmal lis kontestirt war, so beschränkte Theodos d. J. diese ewige Dauer einer einmal angestellten Klage auf 30 Jahre, l. un. C. Th. de action. certo temp. fin. (4, 14) und Justinian erweiterte dies in l. 9. C. de praescr. 30 annor. auf vierzig Jahre. Man pflegt dies jetzt häufig die Verj. der Litispendenz zu nennen, und gegen deren heutige Anwendbarkeit kann kein, auch nur irgend haltbarer Grund angeführt werden, Linde S. 193 fgg. Was nun aber

1) die Dauer dieser Verj. anbelangt, so geht eine, besonders von *Cujac.* obss. XVIII. 29. und dann öfter, vgl. Glück VI. S. 193. und die dort in Note 92. Zitt., Unterholzner I. S. 445 fgg., vertheidigte Meinung dahin, daß man zwischen actiones perpetuae und temporales unterscheiden müsse; bei den erstern erfolge die Verj. der Litispendenz erst in vierzig, bei den andern aber schon in 30 Jahren. Es beruht aber diese Meinung wesentlich darauf, daß Justinian in l. 9. cit. blos von actiones perpetuae spreche. Wäre jedoch auch diese Voraussetzung gegründet, so dürfte man doch offenbar für actiones temporales keine dreißigjährige Verj. der Litispendenz annehmen, sondern man müßte die Statthaftigkeit einer solchen Verj. bei diesen Klagen ganz in Abrede stellen. In der That aber ist auch jene Annahme falsch, denn die 30 Jahre, deren Justinian in l. 9. cit. erwähnt, beziehen sich sicher nicht auf die actiones perpetuae, sondern eben nur auf die von Theodos eingeführte dreißigjährige Verj. der Litispendenz. Theodos unterscheidet aber in der l. un. cit. nicht zwischen actiones perpetuae und temporales, und eben so wenig kann also auch ein solcher Unterschied in der Justinianischen l. 9. cit. angenommen werden; vgl. auch Linde S. 163 fgg., Buchka S. 57 fgg.

2) Bei der Frage: in welchem Stadium des Prozesses die Verj. der Litispendenz ihren Anfang nehmen könne? gehen Viele davon aus, daß schon lis kontestirt gewesen sein müsse, Glück cit. S. 195, Puchta Lehrb. §. 96. Note g, Buchka a. a. O. S. 60 fgg., während Andre schon die Mittheilung der Klage an den Verklagten für genügend halten, Linde S. 172 fgg., Savigny a. a. O., Wächter S. 97 fgg. Der Natur der Sache nach muß man wohl so sagen: wenn die Klage liegen geblieben ist, ehe noch einmal die Klagen-Verj. unterbrochen ist, so kann nie von einer Verj. der Litispendenz die Rede sein, sondern die ursprüngliche Klagen-Verj. läuft noch fort; die Verj. der Litispendenz aber findet dann stets Statt, wenn die Klage erst dann nicht weiter betrieben wurde, nachdem schon eine Unterbrechung der Klagen-Verj. eingetreten war. Hält man diesen gewiß richtigen Grundsatz fest, und tritt dann ferner der bei §. 150. entwickelten Ansicht bei, wornach die Verj. einer actio perpetua schon mit der Mittheilung der Klage an den Verklagten, die Verj. einer actio temporalis aber erst mit der Litis-Kontestation unterbrochen wird: so ergibt sich für unsere Frage von selbst das Resultat, daß bei actiones temporales von einer Verj. der Litispendenz erst nach der Litis-Kontestation, bei actiones perpetuae aber schon nach Mittheilung der Klage an den Verklagten die Rede sein kann. — Wesentlich verschieden von der eben behandelten Frage ist aber die andre: von welchem Momente an die Verj. der Litispendenz zu laufen beginne? und die Antwort hierauf muß nach den klaren Bestimmungen Justinian's einfach so lauten, daß die vierzig Jahre von dem Augenblick an zu rechnen seien, in welchem die letzte richterliche oder Partheienhandlung in der fraglichen Klagsache vorgekommen ist.

Anm. 2. Verschieden von der Klagen-Verjährung sowohl, als der Verj. der Litispendenz ist die s. g. Prozeßverjährung; vgl. darüber bes. *Gai.* IV. 104. 105. und die Andeutungen in l. 32. de judic. (5, 1), l. 18. §. 4. de dolo malo (4, 3), l. 2. de div. temp. praescr. (44, 3), l. 3. §. 1. quae in fraud. credit. (42, 8), l. 30. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 8. §. 1. ratam rem haberi (46, 5); Francke, civ. Abhandlung. S. 74 fgg.; Keller, Lit. Kont. S. 131. fgg., Linde a. a. O. S. 154 fgg.; Zimmern, Rg. III. §. 128, Buchka a. a. O. Bd. I. S. 173. fgg. Diese alte Prozeßverjährung mit dem Unterschied zwischen judicia legitima und imperio continentia mußte aber späterhin nothwendig hinwegfallen, und man konnte also nun in der Regel eine angefangene Klage ohne Gefahr liegen lassen, bis Verjährung der Litispendenz eintrat. Nur in einigen Fällen wurde durch besondere Verordnungen eine bestimmte Dauer der Prozesse vorgeschrieben, Linde a. a. O. S. 157 fgg., Zimmern a. a. O. S. 455, und Justinian erließ darneben eine allgemeine Verordnung in l. 13. C. de judic. (3, 1), wornach regelmäßig kein Prozeß länger als drei Jahre dauern darf, vgl. Buchka a. a. O. Bd. II. S. 53 fgg. Bei uns ist aber wie allgemein anerkannt wird, dieses ganze Institut der Prozeßverjährung völlig außer Anwendung.

3) Durch Konkurrenz mehrerer Klagen. §. 153.

Anm. 1. *Donelli* comm. jur. civ. lib. XXI. c. 3; *Averani* interpret. lib. III. c. 14. 15; *a Vianen*, de concursu action. in *Oelrichs* thes. nov. dissert. vol. I. pag. 259 sqq.; *de Savigny*, de concursu delictor. formali. Marb. 1800. pag. 19 sqq. (auch in Desselben vermischten Schriften. Bd. IV. S. 90 fgg.): Thibaut, civ. Abh. Nr. 9; Zimmern, Noralklagen S. 238 fgg.; Keller, Lit. Kont. §. 49 fgg., bes. §. 55; *Krug*, selecta de condict. furt. capita. Lips. 1830. cap. III.; Schneider, die allgem. subs. Klagen. S. 168 fgg., Brackenhöft, Identität S. 281 fgg., Savigny, System V. S. 204 fgg., Kleinschrod, zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen. Nördl. 1849, Martens, über Konkurrenz und Kollision der römischen Zivilklagen. Leipzig 1856, Windscheid, Aktio. S. 31 fgg. Vgl. auch Puchta, gerichtl. Klagen §. 29. §. 36 fgg. Göschen, Vorles. I. §. 156 fgg. Wächter, Handb. II. §. 67, Unger, Syst. II. §. 117. Ueber einen einzelnen, aber wichtigen Punkt s. unten §. 572. Anm.

Anm. 2. Hier müssen auch noch besonders die Klagen hervorgehoben werden, denen der Charakter einer allgemeinen Subsidiarität anklebt; vgl. darüber das schon öfter genannte Werk von Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des römischen Rechts. Rostock 1834. Wenn auch von den einzelnen hierher gehörigen Rechtsmitteln (extraordinaria cognitio, in integrum restitutio, actio doli mali, actio quod metus causa, querela inofficiosi testamenti und inofficiosae donationis und actio funeraria), und den dabei vorkommenden Gründen der Subsidiarität, worüber im Allgemeinen Schneider S. 94 fgg. zu vergleichen ist, an den betreffenden Orten näher geredet werden muß, so dürfen doch einige allgemeine Bemerkungen hier nicht übergangen werden. Wenn nämlich eine Klage zu den allgemein subsidiären gehört, so wird dieselbe in der Regel durch jedes Rechtsmittel ausgeschlossen, wodurch der Berechtigte denselben Zweck, wie durch die subsidiäre Klage erreichen kann. Dahin aber gehören nicht blos Klagen (unter denen selbst die Interdikte, l. 4. §. 4. de dolo malo (4, 3), die Pönal-, l. 7. §. 1. eod., und Popularklagen, l. 7. §. 2. eod., die subsidiären Klagen ausschließen, Schneider S. 113 fgg., S. 148 fgg.), sondern jedes andre Rechtsmittel, vermittelst dessen der volle Zweck realisirt werden kann, wie namentlich eine exceptio perpetua, l. 40. de dolo malo, vgl. l. 1. §. 3. de eo per quem factum erit (2, 20). Daß das anderweite Rechtsmittel gerade gegen denselben Verpflichteten zustehe, wie die subsidiäre Klage, ist nicht erforderlich, l. 1. §. 8, l. 2, l. 3, l. 4. de dolo malo, l. 14. §. 15. de relig. et sumpt. fun. (11, 7), wohl aber muß dasselbe nicht blos dem Rechte nach zustehen, sondern auch materiell wirksam sein, so daß eine konkurrirende actio *inanis* die subsid. Klage nicht ausschließt, l. 5. 6. de dol. mal., l. 18. §. 1, l. 14. de minorib. (4, 4), l. 3. §. 1. de eo per quem fact. erit, es müßte denn die Klage durch eigne Schuld des Berechtigten inanis geworden sein, l. 1. §. 6. 7. de dol. mal. vgl. jedoch auch l. 14. §. 12. de relig. und Schneider S. 191 fgg. Aber selbst auch, wenn durch die konkurrirende Klage nur weniger erlangt werden kann, als durch die subsid., kann die letztere unbedenklich angestellt werden, und dem steht auch nicht die l. 7. §. 6. de dol. mal. entgegen, aus welcher Stelle vielmehr

nur gefolgert werden kann, daß dann, wenn in einem solchen Falle die andre konkurrirende Klage wirklich durchgeführt ist, die subsid. Klage ausgeschlossen wird, Schneider S. 185 fgg., S. 196 fgg. Ist die Zuständigkeit der konkurrirenden Klage noch zweifelhaft, so kann dies natürlich der Anstellung der subsid. Klage nicht entgegenstehen, l. 7. §. 3. de dol. mal., Schneider S. 199 fgg. — Was das Verhältniß der subsidiären Klagen unter einander anbelangt, so haben wir darüber nur die Bestimmungen, daß die actio quod metus causa in einer elektiven Konkurrenz mit der in integrum restitutio und der actio doli steht, l. 9. §. 3. 4, l. 14. §. 13. quod met. c. (4, 2) und daß durch in integrum restitutio die actio doli und die querela inofficiosae donationis (also natürlich auch die querela inofficiosae testamenti) ausgeschlossen wird, l. 7. §. 1. de in integr. rest. (4, 1), l. 4. C. de inoff. don. (3, 29), Schneider S. 207 fgg.

Abschnitt III.

Von den Exzeptionen.

Inst. IV. 13. de exceptionibus; Dig. XLIV. 1. de exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis; Cod. VIII. 36. de exceptionibus seu praescriptionibus. — *Gai.* IV. §. 115 sqq. — Heffter, Institut. des Ziv. Proz. S. 94 fgg.; Zimmern, Rg. III. §. 91 fgg.; Gesterding, Ausbeute u. s. w. Bd. II. No. 5. und Bd. III. No. 4; Knappe, Entwicklung des Begriffs der Exzeptionen mit Rücksicht auf die Beweislast. München 1835; Albrecht, die Exzeptionen des gemeinen deutschen Zivilproz. geschichtlich entwickelt. München 1835; Savigny, System V. S. 160 fgg.; Sintenis, prakt. Zivilrecht I. §. 32. Vgl. auch Brackenhöft in der Gießer Zeitschr. XVI. S. 149 fgg., Pfeiffer, die prozessual. Natur der Einrede der Vorausklage. Tüb. 1846. Abschnitt I. S. 7 fgg., v. Helmolt, Beitrag zur Lehre des Unterschieds zwischen Klagableugnung und Einrede. Gießen 1849, Ders. Verhältn. der Exzeptionen zur Beweisl. Gieß. 1852, Reinhold in Gieß. Zeitschr. N. F. XIII. S. 1 fgg. S. 157 fgg., bes. S. 189 fgg., Unger, System II. §. 124 fgg. S. 471 fgg., Maxen, über Beweislast, Einreden und Exzeptionen. Göttingen 1861. S. 16 fgg. S. 76 fgg.

I. Begriff von exceptio nach römischem und heutigem Rechte. §. 154.

Ueber die römische *exceptio* s. außer den Genannten auch noch Puchta, Kursus der Instit. II. §. 170, Keller, Zivilprozeß §. 34 fgg., Bekker, prozess. Konsumt. S. 86 fgg., Völderndorff in Gießer Ztschr. N. F. XI. S. 290 fgg., Rudorff, Rechtsg. II. §. 31. — Ueber *praescriptiones* (pro reo): Puchta §. 171, Keller §. 43, Dernburg, Verh. der her. pet. zu den Singularklagen S. 25 fgg.

Ulp. l. 2. pr. h. t.: Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. — Vgl. Gai. IV. 119: Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur; nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur *„si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit, neque fiat"*; item si dicatur contra pactionem pecunia peti, ita concipitur exceptio *„si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit, ne ea pecunia peteretur"*, et denique in ceteris causis similiter concipi solet; ideo scilicet, quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter judex eum, cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit; item ne aliter judex eum condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum erit.

II. Verschiedene Arten der Einreden. §. 155.

1) *Gai.* l. 3. h. t.: Exceptiones aut *perpetuae* et *peremtoriae* sunt, aut *temporales* et *dilatoriae.* Perpetuae atque peremtoriae sunt, quae semper locum habent, nec evitari possunt, qualis est doli mali, et rei judicatae, et si quid contra leges Senatusve consultum factum esse dicetur, item pacti conventi perpetui, id est ne omnino pecunia petatur. Temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt, qualis est pacti conventi temporalis, id est ne forte intra quin-

quennium ageretur. Procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt, quae evitari possunt.

2) *Paul.* l. 7. h. t.: Exceptiones, *quae personae cujusque cohaerent*, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem, quod facere possit, vel parens patronusve, non competit fidejussori, sic mariti fidejussor post solutum matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur. §. 1. *Rei autem cohaerentes exceptiones* etiam fidejussoribus competunt, ut rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fidejussori; intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fidejussori competit. Idem dicimus, et si pro filiofamilias contra SCtum quis fidejusserit, aut pro minore XXV. annis circumscripto — — —.

Anm. 1. Ueber *exceptiones in rem* und *in personam* s. m. Mühlenbruch, Ceff. der Forderungsr. §. 59. 60, Francke im ziv. Arch. XVI. S. 417 fgg. bes. S. 426 fgg., Savigny S. 177 fgg. Ueber *exceptio popularis* s. m. Vat. fr. §. 266. und *Buchholz* ad h. l. — Ueber *exceptiones juris* und *facti* vgl. Albrecht a. a. O. S. 116 fgg., S. 129 fgg., S. 170 fgg., S. 181 fgg. — Ueber „dilatorische Einreden und Prozeßeinwendungen" vgl. Pfeiffer in Gießer Zeitschr. N. F. XI. S. 84 fgg. XII. S. 157 fgg.

Anm. 2. Wenn auch die *exceptio doli* ihrer ursprünglichen Bedeutung nach nur dann objizirt wird, wenn der Anspruch des Klägers selbst aus einem Betruge hervorgegangen ist (s. g. *exceptio doli specialis*), so wurde doch durch praktisches Bedürfniß dieser Begriff sehr beträchtlich erweitert. Man nahm nämlich eine exc. doli [die s. g. exc. doli generalis, cf. l. 4. §. 33. de exc. dol. (44, 4)], auch überall dann an, wenn dem Kläger ein Umstand oder ein Ereigniß bekannt war, wodurch die condemnatio zu einer iniqua wurde, und derselbe nun doch ungeachtet dieser Kenntniß die Klage anstellte und fortführte. So konnte also fast jede andre exceptio, wenn damit nur der Beweis verbunden wurde, daß dieselbe dem Kläger bekannt gewesen sei, als exceptio doli behandelt werden; vgl. bes. l. 2. §. 5. de dol. exc. („Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicunque id, quod quaque exceptione elidi potest, petit: nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose; nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat") und an einer sehr großen Menge von Einreden hat dies speciell nachgewiesen Hänel im ziv. Arch. XII. S. 419 fgg. Die Konzeption dieser exceptio war sehr einfach. Während nämlich bei der exc. doli specialis die Formel so gefaßt wurde: si in hac re nihil dolo malo actoris factum sit, wurde bei der generalis noch hinzugefügt, neque fiat, vgl. *Gai.* IV. 119. — Es war aber das praktische Bedürfniß einer solchen Ausdehnung der exc. doli insbesondere dadurch herbeigeführt, daß bei bonae fidei

judicia die exc. doli auch ohne besondere Autorisation von Seiten des Magistrats, also ohne daß sie in der formula besonders erwähnt war von dem judex berücksichtigt werden durfte (exc. doli inest judiciis bonae fidei), l. 21. sol. matr. (24, 3), l. 84. §. 5. de legat. I., l. 68. §. 1. de contr. emt. (18, 1), l. 3. de resc. vend. (18, 5) vgl. oben §. 139. Anm. Im spätern röm. Recht, sowie in unsrer heutigen Praxis steht dagegen freilich die ganze Annahme einer exc. doli generalis völlig müssig da. Vgl. auch noch Burchardi, Wiedereinsetzung S. 291 fgg., Krug, die Lehre von der Kompensation. Leipzig 1833. S. 44 fgg.

III. Rechtsgrundsätze über Exzeptionen. §. 156.

1) *Ulp.* l. 1. h. t.: Reus in exceptione actor est.

2) *Marcell.* l. 9. eod.: Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, quia exceptione utitur.

3) *Paul.* l. 8. eod.: Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversae sunt.

4) *Idem.* l. 5. §. 6. de dol. mal. exc. (44, 4): Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est, nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.

Anm. 1. Ueber den Grundsatz: *qui excipit, non fatetur* (T. 2.), und namentlich über die praktische Bedeutung desselben in unsrem heutigen Rechte nach J. R. A. §. 37. 38. herrschen sehr verschiedene Ansichten; vgl. bes. Gönner, Handbuch des Proz. Bd. II. Abh. 36; Linde, Abh. Bd. I. No. 1; Werner im ziv. Arch. XI. No. 4; Sintenis in Gießer Zeitschrift VI. S. 447 fgg.

Anm. 2. Ueber die Verjährung der Einreden vgl. Sommer, rechtswissenschaftliche Abhandl. I. S. 6 fgg., Unterholzner, Verj. II. §. 156 fgg., Pfeiffer, prakt. Ausführ. III. No. 3, Büchel, zivilrechtl. Erörtr. 2. Aufl. I. S. 8 fgg. S. 90 fgg. S. 99 fgg. S. 118 fgg., Savigny, Syst. V. S. 413 fgg., Pfeiffer, prakt. Ausführ. VII. Nr. 9, Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 323 fgg.

IV. Replikationen, Duplikationen u. s. w. §. 157.

Inst. IV. 14. de replicationibus.

1) *Ulp.* l. 2. §. 1. de except. (44, 1): Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt, quae quidem eo necessariae sunt, ut exceptiones excludant; semper enim replicatio idcirco objicitur, ut exceptionem oppugnet. —

2) *Paul.* l. 22. §. 1. eod.: Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio.

3) *Ulp.* l. 2. §. 3 eod.: Sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus [quadruplicatio]: et deinceps multiplicantur nomina, dum aut reus, aut actor objicit.

Abschnitt IV.

Von den wichtigeren prozessualischen Handlungen.

I. Interrogationes in jure. §. 158.

Dig. XI. 1. de interrogationibus in jure faciendis et interrogatoriis actionibus. — Glück XI. §. 745 fgg.; Bethmann-Hollweg, Versuche über den Ziv. Prozeß. Berlin 1827. S. 276 fgg.; Zimmern, Rg. III. §. 125; Brackenhöft im ziv. Arch. XX. S. 284 fgg. S. 392 fgg.; Deurer im ziv. Arch. XXV. S. 201 fgg.; Savigny, Syst. VII. S. 20 fgg.

1) *Ulp.* l. 21 [22] h. t.: Ubicunque judicem aequitas moverit, aeque oportere fieri interrogationem, dubium non est.

2) *Callistrat.* l. 1. §. 1. h. t.: Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur ante judicium de suo jure aliquid respondere, ideoque minus frequentantur et in desuetudinem abierunt; sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, quae ab adversa parte expressa fuerint apud judices vel in hereditatibus, vel in aliis rebus, quae in causis vertuntur.

II. Litis contestatio.

Cod. III. 9. de litis contestatione. — *Winckler*, discrimen inter lit. contestationem jure veteri et hodierno. Lips. 1751 (in dessen opusc. min. I. p. 293 sqq.), Goldschmidt, über Litiskontestation und Einreden. Frankfurt 1812, Keller, über Litiskontestation und Urtheil nach klassischem röm. Rechte. Zürich 1827, Ders. Zivilproz. §. 59 fgg., Sintenis, von der Litiskontestation

des neuern Rechts; in dessen Erläutr. über versch. Lehren des Zivilproz. Bd. I. Nr. 4, Buchka, die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverh. 2 Theile. Rostock und Schwerin 1846, Wächter, zur Lehre von den Wirkungen des Proz. auf das materielle Recht; in dessen Erörtr. aus dem röm., deutschen und würtemb. Privatrecht. Heft 3. Stuttgart 1846, Savigny, System Bd. VI. S. 1 fgg., Roßhirt, zur Lehre von den Wirkungen des Prozesses auf das materielle Recht. Heidelberg 1848, Bekker, die prozessual. Konsumtion im klass. röm. Rechte. Berlin 1853 (vgl. dazu Dernburg in Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 339 fgg. und Helmolt in der krit. Ueberschau III. S. 105 fgg.), Windscheid, Aktio S. 46 fgg., Muther, Aktio S. 68 fgg., Windscheid gegen Muther S. 48 fgg., Unger, System II. §. 127 fg. S. 518 fgg. — Vgl. auch Heimbach in Weiske's Rechtslex. VI. S. 685 fgg.

1) Begriff von Lit.-Kont. nach röm. und heutigem Recht.
§. 159.

1) *Sever.* et *Antonin.* l. un. C. h. t.: Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit. — Cf. *Justinian.* in l. 14. §. 1. C. de judic. (3, 1): „— — cum lis fuerit contestata post narrationem propositam et contradictionem objectam", und in l. 2. C. de jurejur. propt. calumn. (2, 59): „— — post narrationem et responsionem".

2) *Gregor. IX.* c. un. X. de lit. cont. (2, 5): Litis contestationem non invenimus esse factam, quum non per positiones et responsiones ad eas, sed per petitionem in jure propositam et responsionem secutam litis contestatio fiat.

Anm. Vgl. Keller a. a. O. Buch I, Heffter, Institutionen des Zivilpr. S. 281. 294. 295. 322. 326; Zimmern, Rg. III. §. 109. 118 fgg. 146; Bayer, Vorträge über den Ziv. Proz. S. 240 fgg.; Albrecht, Exzeptionen, §. 29. S. 132 fgg., §. 34. S. 163 fgg.; Hollweg, Handbuch des Zivil. Proz. Bd. I. §. 23; Sintenis a. a. O. S. 93 fgg.; Wächter S. 70 fgg.; Buchka II. S. 88 fgg.; Savigny S. 8 fgg.; Roßhirt S. 3 fgg., S. 98 fgg. S. 132 fgg., S. 152 fgg. — Ueber die Form der Lit. K. im ältern röm. Rechte, namentlich zur Zeit der legis actiones, haben besonders gehandelt

Mayer, die Lit. K. geschichtlich dargestellt, 1te Abth. Stuttgart 1830; Rudorff in der geschichtl. Ztschr. VII. S. 231 fgg.; *Danz*, de lit. cont. quae fuit tempore legis actionum. Jen. 1831, Ders. der sakrale Schutz im röm. Rechtsverkehr. Jena 1857. S. 201 fgg. (Vgl. *Fest* v. *Contestari* est cum uterque reus dicit: testes estote. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: testes estote).

2) Wirkungen der Litis-Kontestation. §. 160.

Anm. Die bei Weitem wichtigste Wirkung der Lit. Kont. war die, daß dadurch die alte actio bald direkt bald indirekt (ipso jure oder ope exceptionis) konsumirt, und eine neue Obligatio begründet wurde, was man in Verbindung mit der gleichartigen Wirkung der res judicata sprüchwörtlich so auszudrücken pflegte: „ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere“, *Gai.* III. 180. 181. IV. 106—108. Es enthielt also die Lit. K. eine wahre Novation, Vat. fr. §. 263. („inchoatis litibus actiones *novavit*“), l. 11. §. 1. de novat. (46, 2) („fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem“), l. 23. de solut. (46, 3), die man h. z. T. nicht unpassend auf Veranlassung von l. 29. de novat., *novatio necessaria* zu nennen pflegt. Eine völlige Identität der novat. necess. und volunt. tritt aber freilich nicht ein, indem die erstere ihrem ganzen Zweck nach den Zustand des Kreditors nicht verschlechtern darf, l. 86. de R. J. Namentlich also bleiben Accessorien der frühern Obligation, z. B. Privilegien, Pfandrechte bestehen (l. 29. de novat.: Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt. Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est (cf. l. ult. C. de novat.); quod nemo dixit lite contestata; neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt. Cf. l. 22. de tutel. et ration. distrah.), und nur Bürgen wurden aus besondren Gründen durch Litis-Kontestation mit dem Hauptschuldner liberirt, l. 28. C. de fidejussor., Keller S. 435 fgg. Eben so bleibt auch trotz der Novation noch immer eine naturalis obligatio übrig, so daß giltig und unwiderruflich Zahlung geleistet, l. 60. pr. de cond. indeb. (12, 6), und die Forderung zur Kompensation gebracht werden kann, l. 8. de compensat. (16, 2), vgl. auch l. 50. §. 2. de pecul. (15, 1). Vgl. überhaupt Keller S. 82 fgg., Buchka I. S. 1 fgg. S. 162 fgg., Wächter S. 3 fgg., Bekker S. 284 fgg., Schwanert, Naturalobligation S. 425 fgg. und über Literärgeschichte, *Ribbentrop*, de necessaria, quam vocant novat. Gött. 1822. (Die abweichenden Ansichten, welche jetzt Windscheid a. a. O. entwickelt, betreffen doch im Grunde mehr die Ausdrucksweise, als die Sache selbst.) — Die Gestalt, die diese Lehre im Justinianischen Recht erhalten hat, ist allerdings eigenthümlich. Jene negative Wirkung nämlich, die Konsumtion der früheren

actio, muß als weggefallen angenommen werden; denn nicht nur, daß sie nirgends im Korpus juris erwähnt wird, und namentlich das Organ der indirekten Konsumtion, die exceptio rei in judicium deductae, in keiner Stelle desselben vorkommt, so wird dieses Wegfallen auch noch positiv theils durch l. 28. C. de fidejuss. bestätigt, wornach ein Bürge oder Korrealschuldner nicht mehr durch Litis-Kontestation mit dem Haupt- oder andren Korrealschuldner liberirt werden soll, theils auch noch dadurch, daß im späteren Rechte sowohl wegen Kontumazia des Klägers, als auch im Falle dilatorischer Einreden eine, unsrer absolutio ab instantia ähnliche, Entbindung des Beklagten ab observatione judicii vorkommt, §. 33. J. de act. (4, 6), §. 10. J. de except. (4, 13), l. 73. §. 1. 2. de judic. (5, 1), l. 27. §. 1. de liber. causa (40, 12), l. 13. §. 2. 5. C. de judic. (3, 1), l. 1. 2. C. de plus petit. (3, 10), was begreiflich mit einer konsumirenden Wirkung der Lit. Kont. nicht wohl vereinbar ist. Nur ein schwacher Nachhall dieser Prozeßkonsumtion ist auch noch im späteren Rechte in dem Grundsatze erkennbar, daß der Kläger verpflichtet sei, in dem einmal begonnenen Prozesse auszuharren („quod in judicio permaneat usque ad terminum litis“), l. 13. §. 2. C. de judic. (3, 1), Nov. 53. c. 1, Nov. 112. c. 2; ein Grundsatz, welcher prozessualisch allerdings folgenreich ist — denn damit hängt nicht nur unmittelbar der bekannte Satz zusammen: „ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet“, l. 30. de judic. (5, 1.) vgl. l. 4. [rest.] C. de in jus. voc. (2, 2), l. 10. 12. [rest.] C. de judic. (3, 1), l. 4. C. de jur. (3, 13), l. 1. §. 3. C. de assert. toll. (7, 17), l. ult. §. 7—10. C. de re milit. (12, 36), sondern auch die Prinzipien über mutatio libelli und s. g. exceptio litis pendentis stehen damit in unverkennbarer Verbindung —, welcher aber auf das materielle Recht keinen wesentlichen Einfluß äußert, und darum hier nicht näher zu verfolgen ist; vergl. bes. Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrechte. Gött. 1844. S. 16 fgg. 33 fgg. 282 fgg., Buchka a. a. O. Bd. II. S. 22 fgg. 81 fgg. — Die positive Wirkung der Lit. K. dagegen, die Begründung einer andern Obligation, *Gai.* cit., vgl. l. 3. §. 11. de pecul. („sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi“), l. 22. de tut. et rat. distr., ist noch fortdauernd anzunehmen, und die wichtigsten der gleich anzuführenden einzelnen Wirkungen der Lit. K. erklären sich nur daraus. Manche Neuere reden daher von einer kumulativen Novation, die durch Lit. K. hervorgebracht werde, ein Ausdruck, der freilich völlig unrömisch ist.

Wenden wir uns nun zur Darstellung der einzelnen Wirkungen der Lit. K., so läßt sich darüber im Allgemeinen folgender sehr natürliche Gesichtspunkt aufstellen. Das Ideal der Rechtshülfe würde unleugbar das sein, daß, sobald die Partheien dem Richter ihre Streitsache vollständig dargestellt haben — und dies ist der Zeitpunkt der Litiskontestation — sogleich das rechtliche Erkenntniß folgen müßte. Bei der Mangelhaftigkeit aller menschlichen Verhältnisse ist es nun aber in den seltensten Fällen möglich, dies zu erreichen, und es verlauft regelmäßig, namentlich wegen Nothwendigkeit von Beweisführungen, eine beträchtliche Zeit, ehe das definitive Urtheil erfolgt. Der aus dieser — freilich nothwendigen, aber darum nicht weniger drückenden — Unvollkommenheit für den siegreichen Kläger

erwachsende Nachtheil soll nun dadurch möglichst gemindert werden, daß durch das spätere Urtheil künstlich der Zustand herbeigeführt wird, welcher vorhanden gewesen sein würde, wenn sogleich im Augenblicke der Litiskontestation das Urtheil hätte erfolgen können, l. 40. pr. de H. P. (5, 3), l. 17. §. 1, l. 20. de R. V. (6, 1), l. 31. pr. de R. C. (12, 1), l. 2. 3. §. 1, l. 34. 35. 38. §. 7—15. de usur. (22, 1), l. 91. §. 7. de leg. I, l. 35. 75. de V. S., Puchta I. S. 222, Savigny VI. S. 3 fgg. S. 35 fgg. S. 53 fgg. Dieses ist die materielle Bedeutung der durch die Litiskontestation begründeten obligatio „condemnari oportere", d. h. der Kläger hat ein Recht darauf, daß der Beklagte auf die durch die Litiskontestation gewonnene Basis hin verurtheilt werde, und zwar muß in Folge dieses Grundsatzes nicht blos der Umfang der Verurtheilung so bestimmt werden, daß der Kläger so viel erhält, wie er gehabt hätte, wenn er zur Zeit der Litiskontestation befriedigt worden wäre, sondern es muß auch in Folge dieses Prinzips die Verurtheilung gesichert werden, d. h. die Verurtheilung muß erfolgen, wenn auch die juristischen Bedingungen derselben während der Dauer des Rechtsstreites weggefallen sein sollten, vgl. Savigny S. 53 fgg. Da aber dieser Grundsatz, so verständig und sachgemäß er an sich ist, in seiner vollen Schärfe durchgeführt, doch auch zu Härten und Inkonvenienzen hinführen muß, so dürfen wir uns nicht wundern, wenn wir mehrfache Modifikationen desselben im römischen Rechte finden. Im Einzelnen sind aber hier folgende Punkte in Betracht zu ziehen:

I. Daß durch die Litiskont. die Extinktiv-Verjährung der actiones temporales unterbrochen, und folgeweise bei diesen Klagen auch die s. g. Verjährung der Litispendenz ihren Anfang nimmt, ist schon an andren Orten bemerkt worden, vgl. §. 150. und §. 152. Anm. 1., und eben so ist auch schon früher angedeutet worden, daß durch die Lit. Kont. der aktive und passive Uebergang sämmtlicher Klagen bewirkt wird, siehe oben §. 145. Anm. gegen Ende. Daß diese beiden Wirkungen sich als konsequente Folgerungen aus dem oben angedeuteten leitenden Grundsatze herausstellen, leuchtet von selbst ein.

II. Auch die *praescriptio longi temporis* wird durch Lit. Kont. unterbrochen, l. 2. C. ubi in rem actio (3, 19), l. 2. 10. C. de praescr. l. t. (7, 33), während bei der praescriptio longissimi temporis, eben so wie bei der Extinktiv-Verjährung der actiones perpetuae die Unterbrechung schon mit dem ersten Dekrete eintritt. Die Usukapion wird nicht eigentlich unterbrochen, sondern dieselbe läuft auch noch nach der Lit. Kont. fort, aber freilich hilft dies dem Beklagten nichts, weil er nun, wenn der Kläger im Augenblicke der Lit. K. noch Eigenthümer war, doch zur Herausgabe der Sache verurtheilt wird, l. 18. 20. 21. de R. V. (6, 1), l. 2. §. 21. pro emt. (41, 4), l. 2. pro herede (41, 5); vgl. Keller a. a. O. S. 173 fgg., Wächter a. a. O. S. 99 fgg., Savigny S. 56. Wenn Manche diese gesetzliche Bestimmungen über Usukapion darum für unpraktisch halten, weil ja jedenfalls nach kanonischem Rechte die Verjährung durch mala fides superveniens wirklich unterbrochen werde, und diese mala fides mit der Lit. Kont. oder wohl gar schon mit dem ersten Dekrete eintrete, vgl. z. B. Sintenis, Erläutr. S. 162, Zivilrecht I. §. 52. Note 12. S. 497. und die dort Genannten: so ist dieß gewiß irrig, weil weder durch die

Lit. Kont. noch durch die Mittheilung der Klage eine wirkliche mala fides, wie sie das kanonische Recht offenbar verlangt, entsteht, vgl. auch Kierulff, Theor. I. S. 277 Note, Wächter a. a. O. S. 105 Note, Savigny S. 57. Andere berufen sich, um die Unanwendbarkeit jener gesetzlichen Bestimmungen über Usukapion zu beweisen, auf die Justinianische l. un. C. de usuc. transf., indem ja dadurch überhaupt die eigentliche usucapio aufgehoben und in eine l. t. praescriptio umgewandelt worden sei; aber die Unhaltbarkeit auch dieser Ansicht ist an einem andren Orte nachzuweisen, vgl. unten §. 316. Anm. Am scheinbarsten ist noch die Berufung auf l. 2. C. de ann. exc. (7, 40), vgl. Wächter S. 103; wenn man aber erwägt, daß dem praktischen Effekte nach doch auch bei der Usukapion allenfalls von einer Unterbrechung der Verjährung geredet werden kann, so dürfte sich schwerlich aus der beiläufigen Aeußerung Justinian's in jenem Gesetze die Annahme einer Rechtsveränderung rechtfertigen lassen, vergleiche auch Savigny S. 59 fgg. — Ganz so, wie auf die Usukapion wirkt auch die Lit. Kont. auf die erlöschende Verjährung der Servituten durch non usus., l. 8. §. 4. si serv. vindic. (8, 5), Keller S. 175.

III. Wichtig wird die Lit. Kont. auch bei der Frage, ob eine Klage begründet sei, oder nicht? vgl. auch Schmid im ziv. Archiv XXX. S. 204 fgg. Es sind hier folgende Punkte in Betracht zu ziehen:

1) Es kann vorkommen, daß der Grund der Klage zur Zeit der Lit. Kont. noch nicht vorhanden ist, aber im Laufe des Prozesses zur Entstehung kommt. Hier ist die Regel des römischen Rechts, daß der Kläger in diesem Prozesse abgewiesen werden muß, aber dadurch natürlich an der Anstellung einer neuen Klage nicht verhindert ist, l. 23. de judic. (5, 1):

> *Paul.* „Non potest videri in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset ideoque alia interpellatione opus est",

l. 35 eod., l. 7. §. 7. ad exhib. (10, 4), l. 11. §. 4. 5. de exc. rei jud. (44, 4). Wenn Viele für judicia bonae fidei das Gegentheil behaupten, und sich dafür auf l. 17. mandati (17, 1):

> *Paul.* „Si mandavero tibi, ut a Titio decem exigeres, et ante exacta ea mandati tecum egero, si ante rem judicatam exegeris, condemnandum te esse constat"

berufen, vgl. z. B. Keller S. 185 fgg., Wächter S. 103, so ist dies nach der treffenden Bemerkung Savigny's S. 68 fgg. gewiß nicht zu billigen, denn die Mandatsklage ist schon vor der Eintreibung begründet, und durch die im Laufe des Prozesses geschehene Eintreibung wird also nur der Umfang der Kondemnation modifizirt. — Für dingliche Klagen hat aber das kanonische Recht eine wichtige Aenderung eingeführt, indem nämlich durch Innozenz IV. in cap. 3. de sent. et re judic. in 6to (1, 14) verordnet wurde, daß unterschieden werden müsse, ob der Kläger auch seinen Erwerbgrund in der Klage angeführt habe, oder nicht, und im letztren Falle es hinreichend sein soll, wenn der Vindikant nur im Augenblicke des Urtheils Eigenthümer sei. Wenn Wächter S. 123 fgg. noch weiter geht, und die Klage auch dann aufrecht erhalten will, wenn adjecta causa geklagt und dann post litem contestatem gerade der Erwerbgrund eingetreten ist,

welcher in der Klage genannt ist: so kann dies aus den, allein in Betracht kommenden Dezisiv-Worten jener Dekretale nicht gerechtfertigt werden, Savigny S. 71 fgg.

2) Es kann aber auch umgekehrt vorkommen, daß die Klage zur Zeit der Lit. Kont. vollkommen begründet, aber das klägerische Recht nachher hinweggefallen ist. Hätte man auch hier unbedingt den Zeitpunkt der Lit. Kont. entscheiden, und also stets Kondemnation eintreten lassen wollen, so würde man augenscheinlich zu Konsequenzen gekommen sein, die mit dem materiellen Rechte in schneidendem Widerspruche ständen. Man muß hier zwischen actiones in personam und in rem unterscheiden. Was zunächst die ersteren anbelangt, so ist es allerdings nicht unwahrscheinlich, daß man im alten Rechte bei judicia stricti juris jenes starre Prinzip zur Anwendung brachte; aber später verkannte man nicht mehr den materiellen Zusammenhang zwischen der ursprünglichen Obligation und der durch die Litis-Kontestation begründeten Prozeßobligation, und es bildete sich daher die allgemeine, auch auf judicia stricti juris angewendete Regel, daß, wenn im Laufe des Prozesses ein Erlöschungsgrund für die ursprüngliche obligatio eintrete, auch die Prozeßobligation erlöschen, und also Abweisung des Klägers erfolgen müsse. Anwendungen hiervon finden sich z. B. in dem früher nur mit Distinktionen, später aber ganz allgemein angenommenen Satze „omnia judicia absolutoria esse", Gai. IV. 114, §. 2. J. de perp. et. temp. act. (4, 12), in der Regel, daß, abgesehen von der mora, durch den kasuellen Untergang der res debita der Beklagte liberirt werde l. 14. §. 1. depos. (16, 3), so wie auch darin, daß bei der actio ad exhibendum der Kläger abgewiesen werden muß, wenn sein rechtliches Interesse an der Exhibition im Laufe des Prozesses wegfällt, l. 7. §. 7. ad exhib. (10, 4); vgl. auch noch l. 23. §. 3. de cond. indeb. (12, 6), l. 14. pr. de cond. furt. (13, 1), l. 37. §. 6. de oper. libert. (38, 1), l. 13. pr. fin. judic. solvi (46, 7). — Etwas anders verhält es sich bei actiones in rem, denn es ist einleuchtend, daß mit dem Erlöschen des dinglichen Rechts nicht auch ohne Weiteres die davon ganz verschiedene Prozeßobligation erlöschen kann, und hierbei muß also die andre Regel eintreten, daß nur solche Gründe die Abweisung des Klägers zur Folge haben können, welche gerade auch die durch die Litis-Kontestation begründete Obligation affiziren. Hält man dieses fest, so erklärt es sich leicht, daß auf der einen Seite die während des Prozesses vollendete Usukapion, oder die während des Prozesses herbeigeführte Erlöschung einer Servitut durch non usus, oder die Aufhebung des Eigenthums durch die vom Beklagten kulpos bewirkte Vernichtung der Sache u. dgl. der Kondemnation ganz und gar nicht im Wege stehen, während auf der andren Seite der kasuelle Untergang des Objekts bei einem bonae fidei possessor allerdings eine Abweisung des Klägers zur Folge hat („impossibilium non est obligatio"), und eben so auch der Satz „omnia judicia esse absolutoria" auch auf dingliche Klagen unbedingte Anwendung findet. Vgl. die verschiedenen Ansichten bei Keller S. 173 fgg., Wächter S. 124 fgg., Buchka I. S. 163 fgg., II. S. 42 fgg. S. 147 fgg., Savigny S. 53 fgg., Römer, das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Prozesses. Stuttgart 1852, (dazu Bekker und Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 253 fgg.), Unger, Syst. II. S. 601 fgg. Note 1.

3) Was nicht zur eigentlichen Begründung der Klage gehört, sondern nur eine faktische Voraussetzung der Kondemnation ausmacht, (was also namentlich auch zur Zeit der formulae nicht in der intentio erwähnt wurde), wird stets nach dem Augenblicke der Kondemnation beurtheilt, l. 30. pr. de pecul. (15, 1):

> *Ulp.* „Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, quum ageretur, si modo sit rei judicatae tempore? Proculus et Pegasus nihilominus teneri ajunt; intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit. Quae sententia et a nobis probanda est".

Dahin gehört zum Beispiel der Besitz bei Real- und andren gegen den Besitzer gerichteten Klagen, l. 27, l. 42. de R. V. (6, 1), l. 4, l. 18. §. 1, l. 41. de H. P. (5, 3), l. 7. §. 4—6, l. 8, l. 11. §. 2. ad exhib. (10, 4), l. 30. pr. de pecul. (15, 1), l. 1. §. 21. depos. (16, 3). (Doch ist in diesen Stellen nur von dem Falle die Rede, wenn der Beklagte zur Zeit der Litis-Kontestation noch nicht Besitzer war, es aber im Laufe des Prozesses wird; für den umgekehrten Fall, wenn er im Augenblick der Litis-Kont. den Besitz hat, denselben aber später verliert, läßt sich zwar im Allgemeinen auch der Zeitpunkt der Kondemnation als entscheidend annehmen, aber im Einzelnen gibt es noch manche besondre Gründe, wegen deren der Beklagte, ungeachtet des Besitzverlustes, verhaftet bleibt, wovon aber besser in der Lehre von der rei vindicatio zu reden ist, vgl. unten §. 333. Anm.). Aus demselben Grunde muß auch z. B. bei der actio de peculio die Frage, ob ein Pekulinm vorhanden, und wie groß dasselbe sei, nach dem Augenblicke der Kondemnatio beurtheilt werden, l. 30. pr. de pecul., l. 7. §, 15. quib. ex caus. (42, 4), l. 5. §. 2. de lib. leg. (34, 3), l. 35. de fidej. (46, 1), und derselbe Zeitpunkt entscheidet auch in den Fällen, in denen der Beklagte nur in quantum facere potest kondemnirt werden darf, l. 15. pr., l. 53. sol. matr. (24, 3), l. 63. §. 6. pro soc. (17, 2). Vgl. Keller S. 190 fgg., Wächter S. 126 fgg., Savigny S. 73 fgg.

IV. Besonders einflußreich ist auch der Zeitpunkt der Litiskontestation, um den Umfang der Verurtheilung zu bestimmen. Was hier:

1) die dinglichen Klagen anbelangt, so bildet die Litis-Kont. für das Rechtsverhältniß des *bonae fidei possessor* insofern einen entscheidenden Wendepunkt, daß derselbe zwar nicht, wie öfter behauptet wird, zu einem wirklichen malae fidei possessor wird, aber doch allerdings von nun an zu denselben Leistungen verurtheilt werden muß, wie ein malae fidei possessor für die Zeit vor der Lit. Kont.; er haftet also von jetzt an für dolus und culpa, und muß von jetzt an nicht blos die fructus exstantes restituiren, sondern auch für die fructus consumti und die fructus percipiendi Ersatz leisten. Aber auch für das Rechtsverhältniß des *malae fidei possessor* wird die Lit. Kont. dadurch höchst wichtig, daß derselbe von diesem Zeitpunkte an wie ein Morosus behandelt, und also namentlich nicht mehr blos für dolus und culpa, sondern auch für den casus einstehen, und nicht mehr blos die von ihm vernachläßigten Früchte, sondern außerdem auch alle diejenigen ersetzen muß, die der Kläger erlangt hätte, wenn er im Besitze der Sache gewesen wäre. Die genauere Begründung dieser theilweise

sehr bestrittenen Sätze findet sich weiter unten in der Anm. zu §. 333, und es ist hier nur noch die freilich sehr verbreitete Meinung zu berühren, daß das neuere röm. Recht die vorher angedeuteten Wirkungen schon mit dem ersten Dekrete auf die Klage in Verbindung gebracht habe. Offenbar enthalten aber die hierfür angeführten l. 20. §. 6. 11. und l. 25. §. 7. de H. P. (5, 3) nur eine auf ganz singulären Gründen beruhende Eigenheit der hered. petitio, die auf die übrigen dinglichen Klagen unmöglich ausgedehnt werden kann, und auch von den Römern niemals ausgedehnt worden ist; vgl. besonders Savigny a. a. O. S. 92 fgg. und s. auch Buchka II. S. 70 fgg.

2) In Betreff der persönlichen Klagen wird sehr oft der Grundsatz aufgestellt, daß dabei der Beklagte durch die Lit. Kont. in eine Mora versetzt werde, und ihn also stets die nachtheiligen Folgen des Verzugs treffen müßten; ein Grundsatz, der besonders auf l. 82. §. 1. de V. O. (45, 1):

> *Ulp.* „Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere“

gestützt zu werden pflegt. Daß dieser Satz, so allgemein hingestellt, mit dem Wesen der **mora**, als eines verschuldeten Verzugs, im Widerspruch steht, leuchtet von selbst ein, denn gewiß kann doch demjenigen, welcher von der Begründetheit der klägerischen Ansprüche nicht überzeugt ist, deßhalb, weil er es zu einem Prozesse kommen läßt, keine Verschuldung vorgeworfen werden, und hiermit stimmen denn auch vielfache Quellen-Aussprüche überein, vgl. z. B. l. 63. de R. J.:

> *Julian.* „Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere“,

l. 3. pr., l. 21, l. 24. pr. de usur. (22, 1), so daß offenbar auch die oben zitirte l. 82. nur von einer frivolen Prozeßführung verstanden werden darf; vgl. auch Kierulff, Theorie I. S. 277 fgg., Wächter S. 119 fgg., Savigny S. 81 fgg. Hiernach gibt es also gar keinen Grund, ohne Weiteres mit der Lit. Kont. die Nachtheile der **mora** eintreten zu lassen, und nur soviel ist richtig, daß der wirklich obligirte Beklagte, welcher es zu einem Prozesse kommen läßt, sich meistens auch in **mora** befinden wird, und daß ihn also freilich regelmäßig nach der Lit. Kont. die Nachtheile der **mora** treffen werden; nur kann dies begreiflich nicht als Wirkung der Lit. Kont. angesehen werden. Aber auch abgesehen von dieser, nur zufällig oft mit der Lit. Kont. zusammentreffenden Mora bringt die erstre keine unbedeutenden Wirkungen hervor, und zwar sowohl in Betreff der von dem Beklagten zu leistenden Früchte und Zinsen, als auch in Betreff seiner Haftung für *dolus* und *culpa*. Was das Erstre anbelangt, so muß der Beklagte von jetzt an jedenfalls, wenn er auch vorher nicht zur Prästation der Früchte verpflichtet gewesen sein sollte, sämmtliche gezogenen und vernachläßigten Früchte herausgeben, l. 2. de usur. (22, 1):

> *Papinian.* „Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur; cujus opinionis ratio redditur, quoniam, quale est, cum petitur, tale dari debet, ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet“,

l. 38. §. 7. eod. Ist der Streitgegenstand baares Geld, so muß der Beklagte, ohne Unterschied zwischen freien und strengen Klagen, landesübliche Zinsen, die s. g. Prozeßzinsen, bezahlen. Hierfür kann zwar nicht die l. 35. de usur.:

Paul. libr. 57 ad Edict. „Lite contestata usurae currunt"

angeführt werden, indem der Sinn derselben, namentlich wenn man sie mit der gleich inskribirten l. 18. de novat. (46, 2) in Verbindung setzt, gewiß nicht der ist, daß von der Lit. Kont. an stets Zinsen zu laufen anfangen, sondern da nur gesagt ist, daß durch Lit. Kont. der Zinsenlauf nicht unterbrochen werden soll, vgl. auch Madai, Mora S. 369 fgg., Wächter a. a. O. S. 24. Not., Savigny S. 142 fgg. Wohl aber spricht für die allgemeine Verbindlichkeit zur Zahlung von Prozeßzinsen die l. 34. de usur., wo Zinsen ganz den Früchten gleichgestellt werden,

Ulp. „Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari",

und hierher gehören auch die Entscheidungen unsrer Quellen über die dem petitor hereditatis zu leistenden Prozeßzinsen, l. 20. §. 11, l. 51. §. 1. de H. P. (5, 3), l. 1. §. 1. C. eod. (3, 31); vgl. bes. Savigny a. a. O. S. 138 fgg. — Wie sich hiernach durch die Lit. Kont. die Verbindlichkeit des Beklagten in Betreff der Früchte und Zinsen wesentlich erweitern kann, so ist dies auch noch insofern der Fall, daß von da an jeder Beklagte unbedingt für *omnis culpa* einstehen muß, sollte er vorher etwa auch nur wegen culpa lata oder omissio diligentiae in concreto verhaftet gewesen sein. Wenn nach manchen Stellen der Beklagte post litem contestatam sogar für den Zufall einstehen soll, l. 12. §. 3. depositi (16, 3):

Pompon. „Quemadmodum, quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post judicium acceptum cum detrimento rei periret: sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo ejus, apud quem depositum fuerit, est, si judicii accipiendi tempore potuit id reddere reus, nec reddidit",

vgl. l. 14. §. 1. eod., l. 8. de re judic. (42, 1), l. 5. de confessis (42, 2): so kann dies doch so allgemein gewiß nicht angenommen werden. Erwägt man nämlich die augenscheinliche Härte eines solchen Satzes, und die offenbare Ungleichheit, die unter dieser Voraussetzung zwischen dem Rechtsverhältniß eines bonae fidei possessor im Falle einer dinglichen Klage, und eines nicht frivol prozessirenden Beklagten im Falle einer actio in personam Statt finden würde: so kann man nicht umhin, jene Gesetze auf solche Fälle zu beschränken, in denen der Beklagte durch die Lit. Kont. zugleich in eine wahre mora versetzt wird, vgl. auch Buchka I. S. 218 fgg., Savigny S. 171 fgg., und auch die Ansicht Buchka's S. 183 fgg. und Römer's a. a. O. S. 83 fgg., daß wenigstens bei actiones *stricti juris* der Beklagte post lit. cont. ohne Weiteres für den Zufall einstehen müsse, ist m. E. unhaltbar, da in der l. 12. §. 3. depos. offenbar die actio depositi und die actio ex stipulatu und ex testamento sich ganz gleichgestellt werden.

3) Was die Schätzungs-Zeit anbelangt, so gilt dann, wenn nicht besondre Gründe, wie namentlich Festsetzung eines bestimmten Zahlungs-Termins

oder Mora, die Annahme eines andren Zeitpunkts nöthig machen, die Regel, daß bei **actiones stricti juris** sich die aestimatio nach dem Zeitpunkte der Lit. Kont. richtet, während bei **judicia bonae fidei** der Augenblick des Urtheils entscheidet, l. 3. §. 2. commod. (13, 6):

> *Ulp.* „In hac actione [commodati], sicut in ceteris bonae fidei judiciis similiter in litem jurabitur, et rei judicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in stricti juris judiciis litis contestatae tempus spectetur",

l. 22. de R. C. (12, 1), l. 4. de cond. tritic. (13, 3), l. 11. de re judic. (42, 1), l. 59. de V. O. (45, 1), l. 28. de novat. (46, 2). Mit diesen ganz klaren und bestimmten gesetzlichen Aussprüchen scheint freilich die l. 3. de cond. trit. (13, 3) in schneidendem Widerspruch zu stehen:

> *Ulp.* „In hac actione [cond. tritic.] si quaeratur, res quae petita est, cujus temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, *condemnationis tempus spectandum*",

und es sind die verschiedenartigsten, zum Theil recht wunderlichen Vereinigungs-Versuche gemacht worden, vgl. darüber Glück XIII. S. 371 fgg. und die dort zahlreich Genannten, Gans, Obligat. Recht S. 62 fgg., Liebe, Stipul. S. 53 fgg., Buchka I. S. 179 fgg., Savigny S. 216 fgg., Büff im zivil. Archiv XXXIII. Nro. 5. und Nro. 10. Keiner dieser Versuche ist wahrhaft befriedigend, und doch ist auch die Annahme einer Antinomie fast unmöglich, weil Ulpian doch nicht wohl mit sich selbst in Widerspruch gestanden haben kann. Will man nicht mit Huschke in Gießer Zeitschrift XX. S. 267 statt condemnationis lesen *contestationis*, was freilich mit allen Handschriften und mit den Basiliken XXIV. 8. 9. in Widerspruch steht, so bleibt wohl nur der neuerlich von Savigny a. a. O. vorgeschlagene Ausweg übrig, unter condemnatio hier nicht die condemnatio a judice prolata, sondern — eben so, wie in l. 2. pr. de except. (44, 1) — die condemnatio *a praetore concepta* zu verstehen, wornach tempus condemnationis nichts anderes als tempus formulae editae, also gerade tempus litis contestatae sein würde. — Für unser praktisches Recht ist diese Streitfrage ohne Bedeutung, da h. z. T. nach allgemein angenommener Ansicht alle Klagen als freie behandelt, und also bei der Schätzung immer die Zeit des Urtheils zu Grunde gelegt werden muß.

V. Hierher gehört auch das Veräußerungs-Verbot der *res litigiosae*, vgl. Dig. XLIV. 6, Cod. VIII. 37. [36] de litigiosis, Mühlenbruch, Zess. §. 29. 31, Zimmern, Rg. III. §. 124. §. 140. gegen Ende, *Schmid*, de litigiosar. rer. alienat. ex jure antejust. Jen. 1840, Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 33. S. 332 fgg., Bachofen, das Veräußerungsverbot der res ligitiosa; in dessen ausgewählten Lehren des röm. Zivilr. Bonn 1848. S. 57 fgg., Brinckmann, Darstellung der rechtlichen Grundsätze über die Litigiosität. Kiel 1849, *Friedenthal*, de rer. litigiosarum alienatione ex jure Rom. Berol. 1849, Strippelmann, Entscheidungen des O. A. G. zu Kassel. V. S. 418 fgg., Zimmermann im zivilist. Archiv. XXXV. S. 431 fgg., XXXVI. S. 49 fgg., Ders. im prakt. Arch. I. H. 2. S. 3 fgg., Hartter in Gießer Zeitschr. N. F. XII. S. 395 fgg., Pagenstecher, röm. Lehre vom Eigenthum I. S. 91 fgg.,

Vgl. auch Eigenbrod im prakt. Archiv VII. S. 193 fgg. Wenn auch der sehr mangelhafte Zustand unsrer Quellen viele Zweifel und Dunkelheiten übrig läßt, so dürfte es doch hauptsächlich auf folgende Punkte ankommen, die hier freilich nur angedeutet, nicht ausgeführt werden können.

1) Schon in den XII Tafeln war es bei Strafe des doppelten Ersatzes verboten, eine im Streit befangene Sache den Göttern zu weihen, l. 3. de litig. Ob dieses Verbot gegen den Kläger oder gegen den Beklagten gerichtet war, ist aus der Darstellung des Gaius in l. 3. cit. nicht zu entnehmen; beachtet man den von Gaius angegebenen Grund („ne liceat eo modo duriorem adversarii conditionem facere"), so ist es das Wahrscheinlichste, daß diese Vorschrift in beiden Fällen Anwendung fand, mochte die dedicatio von dem Beklagten oder dem Kläger geschehen sein, vgl. auch *Friedenthal* l. c. p. 49 sqq.

2) Wenn ein judicium divisorium im Gang ist, so kann nach der Lit. Kont. keine der streitenden Partheien eine giltige Veräußerung vornehmen, l. 9. fin. reg. (10, 1), l. 13. 25. §. 6. fam. herc. (10, 2), l. 1. C. comm. div. (3, 27), l. 3. C. de comm. rer. alien. (4, 52). Wann und wodurch — ob durch Gesetz oder durch prätorisches Edikt — dieses Verbot eingeführt ist, läßt sich aus unsren Quellen nicht entnehmen.

3) Durch ein Augustisches Edikt wurde der Kauf einer res litigiosa in der Weise verboten, daß die emtio nichtig sein, und eine Geldstrafe an den Fiskus erlegt werden soll, fragm. de jure fisci §. 8. Ob hier der Fall verstanden ist, wenn der nichtbesitzende Kläger, oder der andre, wenn der besitzende Beklagte die im Streit befangene Sache verkauft hat, ob also die unleserliche Lücke in dem fragm. cit. auszufüllen ist mit: *a non possidente* oder vielmehr mit: *a possidente* ist sehr streitig. Verbindet man aber mit dem fragm. cit. noch Gai. IV. 117:

> „item si fundum litigiosum sciens *a non possidente* emeris, eumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio, per quam omni modo summoveris",

und erwägt man die mehrfach ausgesprochene, ohnedies ganz unerklärliche Beschränkung dieses Verbots auf Grundstücke (Gai. cit., l. 27. §. 1. ad SC. Vellej. (16, 1), l. 1. §. 2. quae res pignori), und zwar auf Italische Grundstücke (fragm. de jure fisci cit.: „sed hoc in provincialibus fundis *prava* usurpatione obtinuit"); so scheint es mir kaum zweifelhaft, daß das Augustische Edikt nur die Veräußerung von Seiten des nichtbesitzenden Klägers verboten hat. Gerade nur Italische Grundstücke konnten nämlich auch von einem Nichtbesitzer giltig durch mancipatio veräußert werden, und wenn nun der Kläger während eines schwebenden Eigenthumsstreits eine solche mancipatio vornahm, so konnte dies die Inkonvenienz mit sich führen, daß jetzt der Beklagte gleichzeitig mehreren Vindikationen ausgesetzt war, und dagegen sollte er durch jenes Verbot geschützt werden, vgl. bes. Bachofen und *Friedenthal* a. d. aa. OO. (welcher Letztre p. 40. auch noch insbesondre auf den nicht unwahrscheinlichen Zusammenhang des Augustischen Edikts mit der kurzen Prozeßverjährung der lex Julia aufmerksam macht). Freilich war durch das Edikt nur der Kauf, und nicht auch die mancipatio für nichtig erklärt, so daß doch die vindicatio des Käufers

ipso jure noch begründet war, aber dieselbe wurde ganz im Geiste des Edikts durch eine justa *exceptio* elidirt, Gai. IV. 117, l. 1. de litig., l. 1. §. 2. quae res pign. (20, 3). Immer aber setzte das Edikt voraus, daß der Käufer von der Litigiosität der Sache Kenntniß hat, Gai. cit., l. 2. de litig. — Durch die Doktrin wurde diese exceptio [litigiosi] konsequent auch auf den Fall angewendet, wenn der Kläger die von ihm vindizirte Sache verpfändete, und dann der Pfandgläubiger gegen den Possessor auftrat, und zwar wurde hier, da auch andere Sachen als Italische Grundstücke von dem Nichtbesitzer verpfändet werden können, die exceptio selbst auch bei Mobilien angewendet, l. 1. §. 2. quae res pignori (20, 3):

> *Marcian.* „Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest, ut D. Pius Claudio Saturnino rescripsit. Quid ergo si praedium quis litigiosum pignori acceperit, an exceptione summovendus sit? Et Octavenus putabat, *etiam in pignoribus locum habere exceptionem;* quod ait Scaevola libr. III. variar. Quaest. procedere, *ut in rebus mobilibus exceptio locum habeat*“,

Bachofen S. 73 fgg., *Friedenthal* p. 38 sqq. Daß aber auch die exceptio litigiosi dann angewendet worden sei, wenn der Petitor Servituten an der von ihm vindizirten Sache bestellt habe, wie Bachofen S. 71 fgg. annimmt, ist mindestens zweifelhaft, vgl. l. 35. de R. V. (6, 1), *Friedenthal* p. 42. — Nach diesen Ausführungen bezogen sich die Vorschriften des klassischen Rechts über Litigiosität — mit Ausnahme der bei 1) und 2) angedeuteten Bestimmungen — nur auf den Fall, wenn der Kläger, der *non possidens* eine Veräußerung vornahm, und die herrschende Lehre, wornach hier immer nur an den andren Fall gedacht wird, wenn die Veräußerung von dem besitzenden Beklagten ausgeht, findet in unsren Quellen keine Bestätigung. In der That bedurfte auch dieser zweite Fall keiner beschränkenden gesetzlichen Bestimmungen, da daraus nach den Prinzipien des Pandektenrechts über condemnatio *pecuniaria* keine reellen Nachtheile für den Petitor erwachsen konnten; vgl. auch l. 18. de R. V. (16 1), *Paul.* rec. sent. V. 2. §. 5, l. 1. C. de praescr. longi temp. (7, 33), aus welchen Stellen, ungeachtet der Ausführungen von *Schmid* p. 41 sqq., p. 54. p. 61, mit Sicherheit hervorgeht, daß die von dem besitzenden Beklagten vorgenommenen Veräußerungen, Verpfändungen und Manumissionen nicht nach den Grundsätzen über Veräußerung einer res litigiosa beurtheilt wurden, vgl. auch *Friedenthal* p. 18 sqq. Daß die l. 2. C. de pet. hered. (3, 31) und l. 20. §. 16. de her. pet. (5, 3), auf welche *Schmid* p. 23 sqq., p. 28 sqq. noch Gewicht legt, nichts für seine irrige Ansicht beweisen, bedarf kaum einer besondren Ausführung, vgl. auch *Friedenthal* p. 21 sqq.

4) Diese Grundsätze des Pandektenrechts werden noch bestätigt durch eine Verordnung von Konstantin in l. 1. C. Th. de litig. (4, 5) [mit starken Interpolationen in l. 2. C. h. t.], wornach jede Veräußerung durch Verkauf, Schenkung oder andere Weise, für schlechthin nichtig erklärt wird, selbst wenn sie an personae conjunctae geschehen sei. Hierbei mit der herrschenden Lehre, die freilich schon in der Westgothischen interpretatio eine Stütze findet, und die auch wieder

von *Schmid* p. 50 sqq., und selbst von *Friedenthal* p. 55 vertheidigt wird, an Veräußerungen von Seiten des besitzenden Beklagten zu denken, gibt es wohl kaum einen haltbaren Grund, und namentlich dagegen spricht die Art, wie diese Stelle in dem Justinianischen Kodex interpolirt ist („minime transferri *ab eodem actore* potest"). — Hieran reiht sich endlich auch eine Verordnung von Gratian, Valentinian und Theodos in l. 3. C. h. t., wornach dann, wenn ein Kläger eine *res* litigiosa, einerlei ob unbeweglich oder beweglich, oder eine im Streit befangene Forderung (dies ist doch gewiß dem Zusammenhang nach der Sinn des von den Kaisern gebrauchten Ausdrucks: *chirographum ambiguum;* a. M. ist Bachofen S. 70) durch irgend eine letztwillige Verfügung auf einen Andren überträgt, dies schlechthin keinen Einfluß auf den Prozeß äußern, sondern der Erbe des Klägers verpflichtet sein soll, den Rechtsstreit selbstständig und auf seine Gefahr durchzuführen. (Die weitere Bestimmung dieses Gesetzes, daß der Honorirte stets den vollen Werth der hinterlassenen res oder actio litigiosa von dem Erben in Anspruch nehmen kann, ist durch Nov. 112. c. 1. geändert worden).

5) Wesentliche Neuerungen machte Justinian in l. 4. C. h. t. und in Nov. 112. c. 1. In dem ersteren Gesetze verfügt er nämlich, daß, wenn der Kläger seine Klage oder der Beklagte die von ihm besessene Sache nach anhängig gemachtem Rechtsstreite an einen Dritten veräußert, diese Veräußerung stets ungiltig sein soll, einerlei ob der Erwerber von der Litigiosität Kunde habe oder nicht. Jetzt zuerst wird also der Fall, wenn der beklagte Besitzer eine Veräußerung vornimmt, durch ein besonderes Gesetz verboten, und der Grund davon lag wohl ohne Zweifel darin, weil es jetzt, nachdem die Kondemnation und die Exekution auf das vindizirte Objekt selbst, und nicht mehr blos auf certa pecunia gerichtet war, allerdings im wesentlichen Interesse des Klägers lag, daß die Sache nicht in dritte Hände kam, und so erklärt es sich denn auch, daß gerade dieser Fall, und nicht auch der andere, wenn der Kläger seine Klage veräußert, noch mit besondren Strafen von Justinian bedroht wird. Wenn nämlich der Erwerber von der Litigiosität Kunde hat, so soll er nicht nur die Sache wieder herausgeben — die aber nicht an den Fiskus kommt, wie Mühlenbruch S. 384 völlig willkürlich annimmt, sondern offenbar an den Veräußerer zurückfällt, — sondern auch den Kaufpreis verlieren, indem der Verkäufer das empfangene Pretium und das alterum tantum desselben an den Fiskus entrichten muß; wenn aber dem Erwerber die Litigiosität unbekannt war, so soll er zwar auch die Sache wieder herausgeben, aber dafür auch das gezahlte Pretium wieder erhalten und dazu noch ⅓ desselben, so daß dann der Veräußerer an den Fiskus nur noch ⅔ zu bezahlen hat. Am Schlusse seines Gesetzes stellt Justinian einige Ausnahmen auf, indem er die Veräußerung einer res oder actio litigiosa dann zuläßt, wenn dieselbe zum Zweck der Bestellung einer dos oder donatio propter nuptias, oder bei Gelegenheit einer außergerichtlichen oder gerichtlichen Erbtheilung oder Kraft Legats oder Fideikommisses geschehen ist. — Diese Vorschriften der l. 4. cit. werden in der Nov. 112. c. 1. ausdrücklich bestätigt, und nur der Begriff einer *res litigiosa* wird dort näher so bestimmt:

„Ideoque sancimus, litigiosam dici et intelligi rem mobilem vel

immobilem seseque moventem, de cujus dominio causa inter petitorem et possidentem movetur aut per judiciariam conventionem aut per preces principi oblatas et insinuatas judici, ac per eum adversario interpellatoris cognitas".

Außerdem wird noch der Fall, wenn eine **res litigiosa** Jemandem legirt wird, mit Aufhebung der **l. 3. C. h. t.**, dahin neu geordnet, daß der Legatar nur dann einen Anspruch auf das legirte Objekt machen kann, wenn der Erbe als Sieger aus dem Rechtsstreite hervorgeht, „**quoniam sciens testator, rem litigiosam esse, litis eventum legatario dereliquit**".

6) Es fing aber die Litigiosität der Sache und der Forderung nach dem Rechte der Pandekten und des Kodex unzweifelhaft mit der Litis-Kontestation an, **l. 13. fam. herc**isc. **(10, 2)**, **l. 1. §. 1. de litig.**, **l. 1. fin. C. comm. div. (3, 37)**, **l. 2. 4. C. de litig. (8, 37)** und dies ist auch im Ganzen ungeändert geblieben, denn in der oft hiergegen angeführten **Nov. 112. c. 1.** (siehe die Worte bei Nro. 5) ist nur verordnet, daß eine mit der **rei vindicatio** in Anspruch genommene Sache schon nach dem ersten Dekret als **res litigiosa** der Veräußerung entzogen sein soll, eine Bestimmung, die auf andere Fälle gewiß nicht ausgedehnt werden darf.

7) Was die heutige Anwendbarkeit der hier dargestellten Grundsätze über Litigiosität anbelangt, so ist man zwar darüber einverstanden, daß von den für die Veräußerung angedrohten Strafen h. z. T. keine Rede mehr sein könne, aber sehr bestritten ist es, ob das Veräußerungs-Verbot selbst noch anwendbar, oder ob auch dieses durch den Gerichtsgebrauch abrogirt sei. Mir scheint die letztre Behauptung bisher nirgends bewiesen zu sein, und ich muß daher die praktische Anwendbarkeit dieses Verbots gemeinrechtlich für völlig unzweifelhaft halten, vgl. auch Spangenberg im ziv. Archiv **IX. 24**, Ders. in Hagemanns prakt. Erörtr. **VIII. 2.** S. 75 fgg., Mühlenbruch a. a. O. S. 388 fgg., Brinckmann a. a. O. S. 152 fgg., Zimmermann a. a. O. **XXXVI.** S. 54 fgg., Pagenstecher a. a. O.; vgl. jedoch auch Hufnagel, Mittheilungen aus der Praxis der Würtemberg. Zivilgerichte. Band **I.** S. 226 fgg., Hartter a. a. O.

VI. Schließlich sind hier noch als Wirkungen der Lit. Kont. zu berühren, daß der Nichtbesitzer, **qui liti sese obtulit**, nach der Lit. K. wie ein wirklicher Besitzer haftet (s. unten §. 332. Anm. 3. bei **I.**), daß durch Lit. Kont. der Prokurator ***dominus litis*** wird (worüber das Nähere in die Theorie des Zivil-Prozesses zu verweisen ist, vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 153 fgg., Mühlenbruch, Zess. 3. Aufl. S. 49 fgg., Zimmern, Rg. **III.** §. 158—160, Liebe, Stipulat. S. 78 fgg.), und endlich, daß die Lit. Kont. auf das Wahlrecht bei alternativen Rechtsverhältnissen nicht ohne bedeutenden Einfluß ist, vgl. unten §. 569. Anm. 1. bei Nr. 2, und siehe auch noch **l. 33. fin. de legat. I.**, **l. 1. de penu leg. (33, 9)**, **l. 9. de V. O. (45, 1)**, **l. 57. §. 1. de solut. (46, 3)**. —

Wir haben in dem Obigen die wesentlichen Wirkungen kennen gelernt, welche auch noch das neueste römische Recht an den Zeitpunkt der Litiskontestation angeknüpft hat. Freilich hat in neuerer Zeit Asverus, die Denunziation der

17*

Römer und ihr geschichtlicher Zusammenhang mit dem ersten prozeßleitenden Dekrete, Leipzig 1843. S. 183 fgg. den Versuch gemacht, zu beweisen, daß schon im spätern klassischen Rechte, schon zu den Zeiten von M. Aurel, die meisten und wichtigsten dieser Wirkungen mit dem Zeitpunkt der Denunziation, und in den späteren Kaiserzeiten mit dem Zeitpunkt der Konvention verbunden worden seien, unter welcher Voraussetzung dann die weitere Ansicht dieses Schriftstellers, daß in unsrem heutigen Rechte diese Wirkungen mit dem ersten, die Klage mittheilenden, richterlichen Dekrete eintreten müßten, durchaus konsequent sein würde, aber diese ganze Ausführung ist so gänzlich halt- und bodenlos und in so entschiedenem Widerspruch mit den zahlreichen, in unsrer obigen Darstellung angeführten und benutzten Quellen-Zeugnissen, daß eine spezielle Widerlegung dieses mißrathenen Versuchs völlig überflüssig erscheint, vergleiche auch Mommsen in Richter's krit. Jahrb. 1845. S. 883 fgg., Wächter a. a. O. S. 64 fgg. Darf nun also auch gewiß nicht in Abrede gestellt werden, daß diese Wirkungen noch im neuesten röm. Rechte mit der Lit. Kont. verbunden sind, so drängt sich uns doch die Frage auf, ob wir denn berechtigt sind, auch noch heute zu Tage bei verändertem Prozeß und namentlich verändertem Begriffe der Lit. Kont., diese Wirkungen mit unsrer jetzigen Lit. Kont. zu verbinden? Erwägt man, daß zwar allerdings der Begriff der Lit. Kont. sich verändert hat, aber dieselbe doch ungeachtet dieses veränderten Begriffs im Wesentlichen genau in denselben Zeitpunkt des Prozesses fällt, in welchen auch die römische Litis-Kontestation fiel, und berücksichtigt man, daß auch im neuern römischen Rechte jene Wirkungen nicht sowohl mit dem Akte der Litis-Kontestation, als vielmehr mit dem Prozeßstadium, in welches jener Akt fiel, verbunden waren: so läßt sich nach meinem Dafürhalten eine solche Berechtigung gar nicht in Abrede stellen, und zwar um so weniger, als uns auch im römischen Rechte selbst ganz dieselbe Erscheinung entgegen tritt. Auch hier hat sich bei verändertem Verfahren mehrfach der Begriff der Lit. Kont. umgeändert, und dennoch nahm man nicht den mindesten Anstand, die wichtigen Wirkungen derselben auch mit dem neuen Begriffe zu verbinden, weil das Stadium des Prozesses wesentlich dasselbe blieb. Diese Ansicht ist denn auch von jeher die herrschende gewesen, und in der Theorie sowohl wie in der Praxis wurden unbedenklich jene römischen Wirkungen mit der deutschrechtlichen Lit. Kont. in Verbindung gebracht, nur etwa mit der Ausnahme, daß Viele die Versetzung des Beklagten in eine mala fides und die Verurtheilung desselben in die omnis causa schon mit dem ersten richterlichen Dekrete auf die Klage eintreten lassen wollten, eine Ausnahme, die jedoch nicht etwa auf den h. z. T. veränderten Prozeß und den veränderten Begriff der Lit. Kont. gegründet, sondern aus dem römischen Rechte selbst abgeleitet wurde, indem man irrig einige blos von der hereditatis petitio redende Stellen auf die übrigen Klagen ausdehnte, vgl. oben IV. 1. a. E. Sind wir nun aber hiernach unzweifelhaft berechtigt, auch noch h. z. T. die oben entwickelten Wirkungen mit unsrer jetzigen Lit. Kont. in Verbindung zu bringen, so versteht sich doch die Modifikation ganz von selbst, daß diese Wirkungen auch dann eintreten müssen, wenn einmal ausnahmsweise die Erklärung des Beklagten auf die mitgetheilte Klage keine eigentliche Lit. K. in unserm heutigen Sinne des Worts enthält; denn, wie schon oben bemerkt wurde, diese Wirkungen

sind ja nicht mit dem Akte der Lit. Kont., sondern vielmehr mit dem Prozeßstadium verbunden, in welches dieser Akt der Regel nach fällt; vgl. auch Wächter a. a. O. S. 87. — Im Gegensatz zu der hier vertheidigten Meinung haben Manche die Behauptung aufgestellt, daß die sämmtlichen Wirkungen der Lit. Kont. h. z. T. schon mit der Insinuation des richterlichen Dekrets, wodurch die Klage dem Beklagten mitgetheilt werde, eintreten müßten, vgl. z. B. Kierulff, Theorie I. S. 280 fgg., Sintenis, Erläutr. über versch. Lehren des Zivilproz. Band. I. Nr. 4. S. 140 fgg., und Zivilrecht I. §. 33, Savigny a. a. O. S. 237 fgg., ja Sintenis geht so weit, daß er mehrere bedeutende Wirkungen — Uebergang der Klagen auf und gegen die Erben, und Unterbrechung der Klagenverjährung — schon mit der Klaganstellung in Verbindung bringen will. Als Gesetzes-Vorschlag würde man sich solche Behauptungen allenfalls gefallen lassen, obgleich selbst dann noch Manches dagegen einzuwenden wäre; als Doktrin des gemeinen Rechts müssen aber dieselben m. E. entschieden verworfen werden. Der römische Prozeß in den Zeiten Justinian's unterscheidet, ähnlich wie der unsrige, drei, der Zeit nach getrennte, prozeßeinleitende Akte, die Klaganstellung, die Mittheilung der Klage an den Beklagten und die Litiskontestation, und da ist es denn doch wahrlich nicht eine Anwendung des römischen Rechts in seinem wahren Geiste, wie die Vertheidiger der hier bekämpften Theorie beschönigend sagen, sondern es ist eine wahre Korrektur dieses Rechts, wenn man Wirkungen, die darnach erst mit jenem dritten Stadium eintreten, jetzt schon mit einem der beiden frühern Stadien verknüpfen will. Zu einer solchen Korrektur kann ich weder ein dringendes Bedürfniß, noch auch, und zwar noch viel weniger, eine Berechtigung anerkennen. Die Aufgabe der Doktrin kann es vielmehr nur sein, ein Stadium in unserm heutigen Prozesse aufzufinden, welches wirklich dem Zeitpunkte, in welchen die römische Lit. Kont. fiel, adäquat ist, und dieses ist entschieden unsre heutige Lit. Kont., mag auch dieser Begriff im Uebrigen noch so sehr von dem der röm. Lit. Kont. verschieden sein. Vergleiche auch Wächter a. a. O. S. 70 fgg., Buchka II. S. 149 fgg., S. 160 fgg., Windscheid, Aktio. S. 70 fgg.

III. Beweis.

Im Allgemeinen. §. 161.

Dig. XXII. 3. de probationibus et praesumtionibus, Cod. IV. 19. de probationibus. — *Mascardi* de probationib. IV. voll. fol. Frcf. 1731; Schneider, vollständige Lehre vom rechtl. Beweise in bürgerlichen Rechtssachen, Gießen 1803, neu herausgegeben von Hofmann. Gießen 1842; Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Halle 1805. 2te Ausg. mit Anm. und Zus. von Heffter. Halle 1832; Gensler, über die Begriffe Beweis, Beweismittel, Beweisgründe, Beweislast, Beweissatz, im ziv. Arch. I. Nr. 3. 21. und 24; Langenbeck, die Beweisführung in bürgerl.

Rechtsstreitigkeiten. Abth. I. Leipz. 1858, Abth. II. 1860. Abth. III. 1861; Endemann, die Beweislehre des Zivilproz. Heidelb. 1860. Vgl. auch Unger, System II. §. 129 fgg. S. 551 fgg.

Insbesondere:

1) Vom Gegenstand des Beweises. §. 162.

2) Von der Beweislast. §. 163.

Anm. Ueber diese wichtige Lehre, deren Detail freilich dem Zivilprozeß angehört, vgl. Pfeiffer, verm. Aufs. S. 111 fgg.; Weber a. a. O. Nr. VI. (2te Aufl. S. 110 fgg.) in Verbindung mit dem Zusatz von Heffter S. 243—300, („Summarische Revision der Theorie der Beweislast, insbes. der Weberschen Lehre"); Borst, über die Beweislast im Zivilproz. Bamb. 1816; Bethmann-Hollweg, Versuche. Nr. V.; Linde in der Gießer Zeitschrift I. S. 94 fgg. („von dem Beweis verneinender Sätze"). Vgl. auch Knappe, Exzeptionen. S. 98 fgg., Albrecht, Exzept. S. 183 fgg., Schmid, Handb. des Zivilpr. II. §. 123, Helmolt und Reinhold in den oben zu §. 154 angeff. Schriften, H. Gerber, Beitr. zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast. Jena 1858, Langenbeck II. S. 248 fgg., Maxen, über Beweislast, Einreden und Exzept. Gött. 1861. Vgl. auch Unger S. 555 fgg. — Ueber die sehr bestrittene Frage, wem der Beweis aufgelegt werden müsse, wenn behauptet wird, daß das Geschäft unter einer suspensiven oder unter einer resolutiven Bedingung abgeschlossen sei, vgl. noch insbesondre: Hasse im Rhein. Museum III. S. 134 fgg., Gesterding, Ausb. von Nachforschungen II. S. 139 fgg., vgl. mit S. 134 fgg. (s. auch zivil. Archiv II. S. 222 fgg.), Brackenhöft im zivil. Archiv XXII. S. 220 fgg., Erörtr. zu Linde S. 440 fgg., Kierulff, Theorie S. 299 fgg. Note, Hänel in der Gießer Zeitschrift. N. F. I. 7, Götting ebendas. III. 5, Pfeiffer, die prozessualische Natur der Einrede der Vorausklage S. 61 fgg., Rechtsspr. und Gutachten der Rostocker Juristen-Fakultät. Berl. 1846. S. 4 fgg., Helmolt, Beitr. S. 36 fgg., Verh. der Exzeptionen §. 13 fgg., Schneider in der Sächsischen Zeitschrift für Rechtspflege IX. S. 1 fgg. S. 390 fgg., X. S. 289 fgg., Einert daselbst. IX. S. 193 fgg., Hänel daselbst. IX. S. 385 fgg., Siebenhaar daselbst. X. S. 1 fgg., Kuntze das. XI. S. 208 fgg. Vgl. auch Unger, System II. S. 572 fgg. Anm., Langenbeck a. a. O. S. 335 fgg., Maxen a. a. O. S. 131 fgg., Schönemann in der Gieß. Zeitschr. N. F. XIX. S. 243 fgg.

3) Von den Beweismitteln.

Im Allgemeinen. §. 164.

Insbesondere:

a) Geständniß. §. 165.

Dig. XLII. 2.; Cod. VII. 59. de confessis. — Weber a. a. O. Nr. IV., Bethmann-Hollweg, Versuche Nr. IV., Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen II. S. 91 fgg., Brackenhöft im zivil. Archiv XX. S. 248 fgg. S. 362 fgg., Schmid, Handbuch des Zivilprozesses II. §. 131, Savigny, System VII. S. 6 fgg., Langenbeck a. a. O. S. 115 fgg., Endemann a. a. O. S. 119 fgg.

b) Präsumtionen. §. 166.

Dig. XXII. 3. de probationibus et *praesumtionibus*. — Weber a. a. O. Nro. V. und Heffter's Zus. S. 288 fgg., Feuerlein, Versuche einer neuen Theorie der Vermuthungen, in Gönner's Archiv IV. S. 1 fgg. Vgl. auch Bolgiano in der Gieß. Zeitschr. N. F. X. S. 267 fgg., Langenbeck a. a. O. S. 191 fgg., Endemann a. a. O. S. 85 fgg., Unger, System II. §. 130. S. 577 fgg.

c) Urkunden. §. 167.

Dig. XXII. 4.; Cod. IV. 21. de fide instrumentorum.

Anm. Hierher, in die Lehre vom Urkunden-Beweis, gehört auch die *exc. non numeratae pecuniae* und *non numeratae dotis*, vgl. Inst. III. 21. de literar. obligat.; Cod. VI. 30. de non numerata pecunia; V. 15. de dote cauta non numerata. Unsrer Ueberzeugung nach besteht die ganze Singularität im Justinianischen Rechte nur darin, daß, wer ein Darlehn oder eine Dos zurückfordert, den ihm aufliegenden Beweis, im Falle der Verklagte den Empfang leugnet (und dieses Ableugnen ist die s. g. exc. non. num. pec. s. dot., die aber sicher nur eine lit. contestatio negativa ist) bestimmte Zeit hindurch nicht vermittelst des von dem Beklagten ausgestellten Schuldscheins erbringen kann, sondern andre Beweismittel gebrauchen muß; daß aber umgekehrt nach Ablauf der Zeit der Schuldschein so viel beweist, daß sogar der Gegenbeweis des Nichtempfangs nicht mehr zugelassen wird. Doch ist viel Streit, vgl. *Mencken,* de vera indole literarum oblig. et exc. n. n. p. (in opusc. Nro. 13); Meurer, jurist. Abh. und Beobacht. Leipzig 1780. Nro. 2; Pfeiffer, verm. Aufsätze S. 126 fgg.; Glück XII. S. 99 fgg., *Maier,* de vera exceptionis n. n. pec. indole. Wirceb. 1817; Hansen, bei welchen Rechtsgeschäften findet die exc. n. n. p. Statt? im zivilist. Archiv IV. Nro. 9, Marezoll in Löhr's Magaz. IV. S. 386 fgg., Unterholzner, über die exc. n. n. p.; im Arch. VII. Nr. 1; Cropp, über literarum obligatio, cautio indiscreta und pecunia

cauta non numerata (in Heise und Cropp, juristische Abh. I. Nr. 18); Pfeiffer, prakt. Ausführ. II. 2; Marezoll in der Gießer Zeitschr. III. 14; *Endemann*, de chirographo et exc. n. n. pec. Marb. 1832, v. Buchholz, jur. Abhandl. Nr. 10, Liebe, Stipulat. S. 376 fgg., Osenbrüggen, zur Interpretation des corp. jur. civ. Kap. 2, Sintenis in Sell's Jahrb. I. 6, Heimbach in der Gießer Zeitschr. XVI. S. 71 fgg., Gneist, die formellen Verträge. Abschnitt I. III. und IV., Gett, prakt. Erörtr. Nr. 21, Heimbach, Kreditum S. 633 fgg., Einert, über Wesen und Form des Lit. Contracts zur Zeit der Justinianischen Gesetzg. Leipzig 1852, Bähr, Anerkennung. S. 291 fgg., Schlesinger, zur Lehre von den Formalkontrakten und der exc. n. num. pec. Berlin 1858. S. 180 fgg., Witte, die Bereicherungsklagen. Halle 1859. S. 193 fgg. — Hierher gehört auch die Eigenthümlichkeit in Betreff der Quittungen l. 14. §. 2. C. de non num. pec.

d) Eid.

Dig. XII. 2. de jurejurando, sive voluntario sive necessario sive judiciali; Cod. IV. 1. de (rebus creditis et) jurejurando. — Decr. Grat. P. II. C. 22; Decretal. II. 24; Lib. sext. II. 11. et Clem. II. 9. de jurejurando. — *Malblanc*, doctr. de jurejurando. Norimb. 1781, edit. 2da. Tüb. 1820; Glück XII. §. 789 fgg.; Brackenhöft im civ. Archiv XXIX. 1 und 11; Savigny, Syst. VII. S. 47 fgg.; Strippelmann, der Gerichts-Eid. 3 Abtheil. Kassel 1855—1857. (1. Abtheil. der christliche Eid, 2. Abtheil. die Eideszuschiebung, 3. Abtheil. die nothwendigen Eide); Langenbeck a. a. O. S. 729 fgg., S. 832 fgg.; Endemann a. a. O. S. 438 fgg.

α) Begriff und Arten. §. 168.

β) Voraussetzungen. §. 169.

γ) Wirkungen. §. 170.

Anm. Was insbesondere die Wirkungen des promissorischen Eides anbelangt, so muß zwischen römischem und heutigem Rechte unterschieden werden. Nach dem erstern nämlich ist der Grundsatz festzuhalten, daß der Eid nur einen moralischen Impuls zur Erfüllung des Versprechens abgiebt, und ein an sich ungiltiges Geschäft auch durch den Eid keine Giltigkeit und juristische Bedeutung erhalten kann, l. 7. §. 16. de pact. (2, 14), l. 5. §. 1. C. de legib. (1, 14), Nov. 51. pr., Nov. 82. c. 11. Nur in einigen wenigen Beziehungen kommen hiervon Ausnahmen vor. So soll nämlich Infamie erfolgen, wenn ein Großjähriger einen beschworenen Vergleich bricht, l. 41. C. de transact. (2, 4);

ferner wird die eidlich übernommene Verbindlichkeit des **libertus**, dem Patron Dienste zu leisten, durch den Eid giltig, **l. 7. pr. §. 1. de operis libertor. (38, 1)**, vgl. mit **l. 36. de manum. test. (40, 4)**, und nach einem Reskript von Alexander Sever soll die von einem Minderjährigen eidlich abgelegte Verzichtleistung auf **in integrum restitutio** durch den Eid bindend werden, **l. 1. C. si advers. vendit. (2, 28)**. Dieses letztere Reskript aber wurde von den Glossatoren verschieden ausgelegt, indem Bulgarus es blos auf an sich giltige Geschäfte bezog, Martinus aber es viel allgemeiner nahm, und es z. B. auch für den Fall wirken ließ, wenn der Minderjährige ohne Dekret der Obrigkeit einen **fundus** veräußert hatte. Obwohl gewiß die erstere Auslegung dem Geiste des römischen Rechts angemessener ist, so wurde doch die zweite gesetzlich sanktionirt durch die Friedericianische **Auth.** *Sacramenta puberum* **ad l. 1. C. cit.**, vgl. v. Savigny, Geschichte des RR. im M. A. IV. S. 162 fgg.; *Haenel*, **dissensiones dominorum, p. 52 sqq., p. 98 sqq., p. 558, p. 583.** In demselben Geiste erließ auch das Kanonische Recht seine Bestimmungen, denn hier wird nicht nur der eidliche Verzicht auf eine noch nicht deferirte Erbschaft für giltig erklärt, **cap. 2. de pact. in 6to (1, 18)**, sondern es soll auch eine Frau vollständig gebunden sein, wenn sie eidlich versprochen hat, die Veräußerung eines **fundus dotalis** nicht anzufechten, **cap. 28. X. de jurejur. (2, 24)**, **cap. 2. de jurej. in 6to (2, 11)**. Aus diesen Entscheidungen haben nun von jeher die meisten Theoretiker und eine sehr konstante Praxis (vgl. die Literatur bei Glück IV. S. 542 fgg.) die allgemeine Regel abgeleitet, daß h. z. T. der promissorische Eid auch zur Bekräftigung ungiltiger Geschäfte dienen könne, wenn dieselben nur nicht absolut verboten sind, oder eine Immoralität enthalten, oder Rechte Dritter verletzen; und in der That möchte sich auch eine solche allgemeine Regel recht wohl vertheidigen lassen, wenn man nur die allgemeine **ratio**, worauf der Pabst seine Entscheidungen gründet, in's Auge faßt: **cum juramentum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum**, Thibaut, logische Ausleg. §. 61, Warnkönig im zivil. Archiv XXV. S. 244 fgg. Doch giebt es auch h. z. T. noch manche Dissentienten, welche die Vorschriften des K. R. auf die namentlich da entschiedenen Fälle beschränken, vgl. z. B. Weber, nat. Verb. §. 120 fgg., Mühlenbruch, Lehrbuch §. 151, Forts. des Glück'schen Komm. XXXVIII. S. 191 fgg., Puchta §. 253, Wächter, Handbuch II. S. 773 fgg. u. A. m. — Bestritten ist aber auch noch, ob auch die Erben des Schwörenden an eine solche, erst durch den Eid begründete Verbindlichkeit gebunden seien? Manche leugnen dies, weil der Pabst nur sage, der Schwörende habe sein Gewissen zu salviren, Gesterding, Nachforsch. I. S. 82 fgg.; Thibaut, System §. 114. Note a, vgl. mit Braun, Erörtr. S. 134. Dies ist aber gewiß irrig, denn wenn einmal eine Verbindlichkeit als begründet anzunehmen ist, so muß dieselbe in der Regel auch auf die Erben übergehn. Dies scheint jetzt auch Thibaut anzuerkennen, indem er in der 8. Aufl. des Syst. §. 83. die ganze Frage mit Stillschweigen übergeht.

δ) Insbesondere vom juramentum in litem. §. 171.

Dig. XII. 3; Cod. V. 53. de in litem jurando. — *Phanuccii* de jurejur. in lit. Venet. 1557, *Donelli* comment. jur. civ. lib. XXVI. c. 6—12; Weber, Beweisf. §. 46. 2te Ausg. S. 238 fgg.; Wirschinger, Versuch einer neuen Theorie über das juram. in lit. Landsh. 1806; Drummer, Theorie des Würderungseids. Bamb. 1806; Müller, über den Schätzungseid. Jena 1806; Glück, Komm. XII. S. 398 fgg.; Gensler im ziv. Arch. IV. No. 22; Gesterding, Nachforsch. I. No. 2; Hasse d. J. im Rhein. Mus. VI. S. 27 fgg. S. 179 fgg.; besonders aber v. Schröter in Gießer Zeitschr. VII. S. 356 fgg.; VIII. S. 159. 160; Sintenis, prakt. Zivilr. III. S. 80 fgg.

Anm. Die herrschende Lehre geht dahin: das juram. in litem sei ein Mittel, vermöge dessen ein Beschädigter die Größe eines ihm durch dolus oder culpa lata zugefügten Schadens nach seiner Willkür bestimmen könne; und in Folge dieses Begriffs wird unser Eid ganz allgemein in der Lehre vom Schadensersatz abgehandelt. Es ist dies aber gewiß irrig, und man muß vielmehr von folgenden Sätzen ausgehen:

1) Das jusjurandum in litem ist seinem wahren Begriffe nach der Eid, durch welchen der Kläger bei actiones arbitrariae oder solchen actiones bonae fidei, die auf ein restituere oder exhibere gerichtet sind, den Werth des Streitgegenstandes und sein Interesse schätzt, wenn der zum Restituiren oder Exhibiren angehaltene Beklagte diesem Urtheil entweder aus Ungehorsam nicht nachkommt, oder vermöge seines dolus oder culpa lata nachzukommen nicht im Stande ist; vgl. l. 1. 2. 4. §. 4, l. 5. pr. §. 4, l. 6. h. t., l. 68. de R. V., l. 7. si servit. vindicetur (8, 5), l. 16. §. 3, l. 21. §. 3. de pignor. (20, 1), l. 18. pr. de dol. mal. (4, 3), l. 25. §. 1. sol. matr. (24, 3), *Donell*, Hasse, besonders v. Schröter a. aa. OO., vergleiche auch Flach, Entscheid. des Ob. App. Gerichts zu Wiesbaden Theil II. S. 55 fgg. Einiges Bedenken könnte man nur bei den actiones bonae fidei haben, und hier ganz allgemein den Eid wegen dolus und culpa lata zulassen wollen, besonders wegen l. 5. pr. h. t. („et in bonae fidei judiciis in litem juratur"), und l. 3. §. 2. commod. („in hac actione, sicuti in caeteris bonae fidei judiciis similiter in litem juratur"). Dies wäre aber irrig, denn einem solchen Satze steht:

a) entscheidend entgegen der allgemeine Ausspruch Ulpian's in l. 68. de R. V., wornach von dem Eide nur bei solchen Klagen Anwendung gemacht werden soll, *ex quibus arbitratu judicis quid restituitur*, und damit stimmt denn auch vollkommen überein, daß, während bei den actiones arbitrariae die oben angegebene Beschränkung des Eides offen vorliegt, die actiones bonae f. neben diesen genannt werden, ohne irgend eine Andeutung, daß bei ihnen diese Beschränkung hinwegfalle. Besonders wichtig ist für den richtigen Gesichtspunkt auch die l. 25. §. 1. sol. matr., wo bei einer actio bonae f., nämlich der

actio rei uxoriae, der Schätzungseid darum zugelassen wird: quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat.

b) Bei einer actio depositi contraria wird das juram. in lit. ausdrücklich abgesprochen, l. 5. pr. de depos. (16, 3), was ganz unerklärlich wäre, wenn dasselbe bei jeder actio b. f. propter dolum eintreten könnte, was sich aber der richtigen Ansicht nach von selbst erklärt, weil diese Klage nicht auf ein restituere geht.

c) Für diese richtige Ansicht spricht auch noch sehr bestimmt, daß alle bonae fidei actiones, bei denen in unsern Quellen das juramentum in litem erwähnt wird, auf ein restituere gerichtet sind. Dasselbe wird nämlich erwähnt bei der actio *depositi*, l. 3. h. t., l. 1. §. 26. depos., bei der actio *commodati*, l. 3. §. 2. commod., bei der actio *locati*, l. 48. §. 1. locati (19, 2), bei der actio *rei uxoriae*, l. 25. §. 1. sol. mat. (24, 3), bei der actio *tutelae*, l. 8. h. t., l. 1. 2, l. 4. C. h. t., l. 7. pr. de adm. tut. (26, 7). (Wenn in der letztern Stelle der Eid auch wegen nicht errichteten Inventars zugelassen wird, so steht dies nicht im Widerspruch mit unserm Prinzip, denn auch in diesem Falle kann ja der Vormund dem Befehle des Richters, das Inventarium zu restituiren, nicht nachkommen).

d) Die für die gegnerische Ansicht angeführten Stellen sind ganz unbeweisend, denn aus l. 5. h. t. folgt nur, daß es auch bonae fidei judicia giebt, bei denen der Eid anzuwenden ist, und in l. 3. §. 2. commod. muß man auf das *similiter* Gewicht legen, wo dann der richtige Satz entsteht, daß das juram. in litem auch bei andern b. f. actiones Platz greife, wenn dieselben ähnlich wie die a. commodati auf ein restituere gerichtet sind.

Gewiß also hat auch bei actiones b. f. der Schätzungseid ganz dieselbe Bedeutung, wie bei den eigentlichen actiones arbitrariae, d. h. er kann nur vorkommen, wenn sie auf ein restituere gerichtet sind, und auch in diesem Falle nur dann, wenn der Beklagte dem Restitutionsbefehle aus Ungehorsam nicht nachkommt, oder wegen seines dolus nicht nachkommen kann. Von selbst versteht es sich also, daß davon bei solchen Klagen, welche auf ein tradere gerichtet sind, wie z. B. bei der actio emti nicht die Rede sein kann, vgl. l. 4. C. de act. emt. vend. (4, 49), (wo blos eine Schätzung des Richters, nicht der Parthei gestattet wird), und wenn doch die gewöhnliche Meinung sie auch hier zuläßt, z. B. Glück XII. S. 417, so ist dies nur eine natürliche Folge davon, daß man die Natur dieses Eides ganz verkannte; denn die Stellen, die man noch insbesondere hierfür anführt, l. 1. pr., l. 21. §. 3. de act. emt vend. reden gar nicht von dem Eide, sondern sprechen nur den bekannten Satz aus, daß der Käufer gegen den nicht tradirenden Verkäufer eine Klage auf das Interesse habe.

2) Bei actiones stricti juris kann das juramentum in litem in dem bisher entwickelten Sinne durchaus nicht vorkommen, theils wegen der strengern Natur solcher Klagen, die eine Selbstschätzung des Klägers nicht gestattet, theils aber auch schon deßhalb, weil hier regelmäßig die Klage auf neue Leistungen, und nicht auf ein restituere gerichtet ist. Doch wird auch bei diesen ein juramentum in litem erwähnt, aber freilich mit ganz andrer Natur. Wenn nämlich dem Richter die litis aestimatio unmöglich ist, etwa weil der Streitgegenstand

gar nicht mehr existirt, und wenn diese Unmöglichkeit durch eine Kulpa des Verklagten herbeigeführt ist, so darf der judex als subsidiäres Beweismittel auch den Eid des Klägers gebrauchen, l. 5. §. 4, l. 6. h. t. Dieses subsidiäre juram. in litem, aber niemals auch das bei 1) besprochene, kann denn auch bei dem damnum injuria datum vorkommen, und die herrschende Lehre, wornach dasselbe im Falle eines dolus oder culpa lata ganz allgemein hierbei gestattet wird, scheitert an dem doppelten Grunde, daß die a. legis Aquiliae eine strenge Klage, und daß sie nicht auf ein restituere gerichtet ist.

3) Ueber den Maaßstab, nach welchem der Kläger bei dem juram. in litem zu schätzen hat, wird gewöhnlich folgende Theorie aufgestellt: regelmäßig könne derselbe nicht blos sein wirkliches besonderes Interesse, sondern auch blose Affektionen in Anschlag bringen (s. g. jusjur. in litem affectionis); doch aber gebe es auch ein jusjur. in litem veritatis, wornach er den wirklichen objektiven Werth der Sache zu beschwören habe, nämlich bei actiones stricti juris und bei Beschädigungen aus culpa levis, wenn kein andrer Beweis möglich sei, vgl. z. B. Glück XII. S. 400, S. 421 fgg., S. 461 fgg.; Wening §. 193. geg. E. u. A. m. — Es ist dies aber ganz irrig. Es ist an einem andern Orte (vgl. §. 571. Anm. 3. a. E.) der nicht schwierige Beweis zu liefern, daß eine Berücksichtigung des Affektionswerthes bei Schadensersatz den Römern ganz fremd war, und darin liegt zugleich ein entscheidender Grund für die richtige Ansicht bei dem juram. in litem, denn es ist doch offenbar unnatürlich, daß die materiellen Grundsätze über Schadensersatz sich ändern sollten, wenn ein besonderes Beweismittel angewendet wird. Nur soviel liegt in der Natur der Sache, daß, wie Schröter S. 398. richtig bemerkt, der Richter als Unpartheiischer nach objektiven Gründen und nach den ihn dargebotenen Beweismitteln schätzt, und so einen möglichst objektiven Geldwerth herauszustellen sucht, der Kläger aber lediglich auf seine Ueberzeugung von dem Geldwerth der Sache und seines Interesse angewiesen ist, und mithin nur ein subjektives Urtheil darüber geltend machen soll. Beide, Richter wie Kläger, sollen ganz dasselbe bestimmen, nämlich quanti res est und quanti actoris interest, d. h. den Geldwerth der Sache und das Interesse, aber Beide gehen von verschiedenen Gesichtspunkten aus, und kommen daher leicht zu ganz verschiedenen Resultaten. Behält man diesen Unterschied im Auge, so erklären sich leicht die Stellen, die man für die Berücksichtigung des Affektionswerths hat anführen wollen, denn wenn

a) in l. 5. §. 1. ne quis eum demjenigen, quod in veritate est, entgegengesetzt wird: quanti ea res est ab actore aestimata, vgl. auch l. 2. C. h. t., wo derselbe Gegensatz vorkommt; so bezeichnet veritas hier eben den objektiven Werth im Gegensatz der blos subjektiven partheiischen Schätzung, welche von dem Kläger ausgeht. Eben so erklärt sich daraus auch von selbst der Gegensatz in l. 8. h. t.: quanti res est, und quanti in litem juratum fuerit, l. 16. §. 3. de pignorib. (20, 1).

b) Gar keine Schwierigkeit kann es nach dem bisher Bemerkten machen, wenn in l. 1. h. t. gesagt wird, es könne die condemnatio durch das jusjur. in litem *crescere*, und die Sache werde ex contumacia *ultra rei pretium* gewürdert. Es liegt nämlich in der Natur der Dinge, daß der Kläger seine

Sache und sein Interesse so hoch als nur möglich anschlagen wird, gewiß höher, als der ganz unpartheiische und vom rein objektiven Gesichtspunkt ausgehende Richter.

c) Sehr natürlich erklärt sich auch, ohne daß man irgend einen Affektionsgrund hierher zu ziehen braucht, der Ausdruck in l. 4. §. 2. h. t.: jurare autem *in infinitum* licet, und in l. 68. de R. V., es müsse der Verklagte verurtheilt werden: quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit. In Vergleichung mit den übrigen Stellen heißt dies nämlich nur: er kann den Geldwerth ganz unbeschränkt (d. h. ohne daß der Richter vorher ein Maximum festsetzt) so hoch anschlagen, als er nur immer mit seiner Ueberzeugung in Uebereinstimmung bringen kann. Vgl. bes. Schröter S. 395 fgg.

Geht man nun aber von der bisher vertheidigten richtigern Meinung aus (für welche auch noch angeführt werden kann, daß sich nur aus ihr das in unsren Gesetzen anerkannte Moderationsrecht des Richters, l. 4. §. 2. 3, l. 5. §. 1. 2. h. t., l. 18. pr. de dol. mal., l. 3. §. 2. ad exhib. (10, 4), l. ult. §. 14. C. de jure delib. (6, 30) [über den Widerspruch dieser Stellen mit l. 68. de R. V. s. m. Glück §. 817, Schulting Not. ad Dig. tom. II. p. 475 sqq., Schröter S. 405 fgg.] erklären läßt, da ja dem Richter bei blosem Affektionswerth jeder Maaßstab nothwendig fehlen würde), so verschwindet das s. g. jusjur. in litem *affectionis* ganz von selbst, und es giebt vielmehr nur ein jusjur. in lit. veritatis, welches dann in den oben bei No. 1. und 2. angegebenen Fällen eintritt. Die weitere oft gehörte Behauptung nämlich, daß bei jeder Beschädigung, wenn sie auch nur culpa levi geschehen sei, ein solcher Eid wenigstens in subsidium vorkommen könne, ist durchaus irrig, denn die l. 5. §. 4. h. t. redet blos von actiones stricti juris in dem oben bei No. 2. angegebenen Sinne, und in l. 3. C. de reb. cred. (4, 1) ist gewiß nur von dem Ergänzungseide die Rede.

4) Ueber das s. g. *jusjurandum Zenonianum* im Falle einer gewaltsamen Besitzentsetzung [*Zeno* in l. 9. C. unde vi (8, 4)] lehrt man gewöhnlich, es unterscheide sich besonders dadurch von dem regelmäßigen juramentum in litem, daß bei dem letztern blos die Größe des Schadens, bei dem juramentum Zenonianum aber auch die Existenz des Schadens selbst beschworen werde. Dies ist aber irrig. Beide Arten des Eides folgen vielmehr in dieser Beziehung ganz gleichen Grundsätzen, denn auch bei dem gewöhnlichen jusjur. in litem wird, sofern es sich um die Bestimmung des Interesse handelt, blos der Beweis der schädlichen Handlung, also namentlich der contumacia, vorausgesetzt, nicht auch der besondere Beweis, daß man dadurch Schaden erlitten, und so bezieht sich z. B. wenn die Urkunde nicht exhibirt wird, oder der Vormund kein Inventar errichtete, der Eid sofort auf das Interesse, also auf Dasein und Größe des Schadens, l. 10. h. t., l. 7. pr. de adm. tut. (26, 7). Hiermit stimmt es ganz überein, daß, wenn der Kläger bei einer gewaltsamen Besitzentsetzung bewegliche Sachen eingebüßt hat, er blos die gewaltsame Dejektion beweisen muß, und dann geradezu sein Interesse eidlich erhärten kann, l. 9. cit. — Aber in andrer Beziehung unterscheidet sich das juram. Zenonianum wirklich von dem

gewöhnlichen juram. in litem, nämlich, daß es gegen die Regel immer blos in subsidium, wenn keine andren Beweismittel vorhanden sind, zugelassen wird, und daß dabei immer eine taxatio judicis vorkommt, l. 9. cit. v. Schröter S. 407 fgg.

IV. Rechtskräftiges Urtheil.

1) Voraussetzungen desselben. §. 172.

2) Wirkungen. §. 173.

Dig. XLII. 1. de re judicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus; XLIV. 2. de exceptione rei judicatae; Cod. VII. 45. de sententiis et interlocutionibus omnium judicum; VII. 52. de re judicata; VII. 56. quibus res judicata non nocet; VII. 60. inter alios acta vel judicata aliis non nocere. — Keller, Litiskont. und Urtheil S. 197 fgg., Zimmern, Rg. III. §. 137 fgg., Buchka, Wächter, Roßhirt, Bekker in den oben §. 159 angeff. Schriften, Savigny, Syst. VI. S. 257 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. XI. S. 762 fgg. bes. S. 778 fgg., Endemann, das Prinzip der Rechtskraft. Heidelberg 1860, Unger, System II. §. 132 fg. S. 615 fgg. Vgl. auch Brackenhöft, die Identität und mat. Konnexität der Rechtsverhältnisse. Gött. 1839. §. 8—10, §. 20, S. 180 fgg. S. 402 fgg., Arnold, über den Umfang und die Grenzen der res judicata; in dessen prakt. Erörtr. aus dem Rechtsgebiete. Heft II. Erlangen 1845. Nr. 11. S. 260 fgg., Pfeiffer im ziv. Arch. XXXVII. S. 93 fgg., S. 244 fgg.; Schäffer in Gießer Zeitschr. N. F. XII. S. 247 fgg., Windscheid, Aktio S. 72 fgg., Dunker im prakt. Arch. V. S. 50 fgg., Büff in Gießer Zeitschr. N. F. XV. S. 259 fgg.

Anm. I. Im Allgemeinen kann die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils dahin bestimmt werden, daß dadurch formelles Recht geschaffen wird, und der Inhalt desselben als Wahrheit gelten muß, „res judicata pro veritate accipitur“, l. 207. de R. J., l. 25. de stat. hom. (1, 5), vgl. auch l. 1. §. 16, l. 3. pr. de agnosc. lib. (25, 3), l. 65. §. 2. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 12. §. 3. de bon. libert. (38, 2), l. 24. de re judic. (44, 2). Dies wird denn auch für den Fall eines kondemnatorischen Urtheils allgemein zugegeben; aber für den Fall eines absolutorischen Erkenntnisses nehmen sehr viele ältere und neuere Juristen an, daß der mit Unrecht absolvirte Schuldner doch noch immer naturaliter obligirt bleibe, und also namentlich auch eine Rückforderung des irrig Gezahlten nicht Statt finde, vgl. z. B. *Cujac.* in libr. III.

quaest. Paul. ad l. 60. de cond. ind. (in opp. V. p. 941 sqq.), *A. Faber*, conject. IV. 20. Ration. ad l. 60 cit., Roßhirt in seiner Zeitschrift I. S. 143 fgg., II. S. 29, Sintenis, Pfandr. S. 48 fgg., Unterholzner, Schuldverh. I. S. 15. 500, Savigny, Syst. V. S. 376. Not. c, Oblig. I. S. 81 fgg., Fein im ziv. Arch. XXVI. 5. 13. (wo auch S. 161 fgg. umfassendere Literatur-Angaben vorkommen), Buchka I. S. 315 fgg. (welcher jedoch II. S. 200 fgg. für unser heutiges Recht die gegentheilige Meinung vertheidigt), Erxleben, die condictiones sine causa Abth. I. Leipzig 1850. S. 127 fgg., Pfeiffer im ziv. Arch. XXXVIII. S. 332 fgg., Bekker a. a. O. S. 286. S. 288 fgg., Schwanert, Natural-Oblig. S. 443 fgg., u. s. auch die Lehr- und Handbücher von Mühlenbruch §. 330. Not. 21, Puchta §. 270. Not. g, Kierulff I. S. 43. Not., Göschen §. 468. Doch hat es von jeher Dissentienten gegeben, welche eine gänzliche Vernichtung der obligatio durch absolutorische Sentenz angenommen haben, vgl. z. B. Donell. comm. jur. civ. XIV. 12, *Cocceji* de vero debitore sententia absoluto; in Exerc. curios. II. disp. 44, Weber, nat. Verb. §. 91 fgg., Glück XIII. S. 101 fgg., Keller, Litisk. S. 159. Not. 6, Francke, ziv. Abh. S. 77, Meyerfeld, Schenkungen I. S. 353, Büchel, zivilr. Erörtr. II. S. 105 fgg., v. d. Pfordten im ziv. Arch. XXIV. 4, Flach in der Gießer Zeitschr. XIX. 12, Wächter, Erörtr. H. 3. S. 135 fgg., *Fick*, quid intersit etc. (s. oben §. 151) p. 38 sqq., *Molitor*, oblig. I. p. 61 sqq., Schmidt, Methode der Ausleg. der Justinian. Rechtsbücher S. 69 fgg. (welcher wenigstens im Wesentlichen einverstanden ist), *Machelard*, des oblig. naturelles p. 414 fgg., und s. auch die Lehrbücher von Thibaut §. 632. (9. Ausg. §. 562), Seuffert §. 296, Schweppe §. 612, Wening §. 252. Ich halte die letztre Ansicht für die richtige, und zwar dürften dabei folgende Punkte hauptsächlich in Betracht kommen:

1) Die gegnerische Meinung steht in unauflöslichem Widerspruche mit dem vorher angedeuteten Prinzip der Rechtskraft, dessen Bedeutung doch offenbar nur die ist, daß, wenn einmal die Thatsache der rechtskräftigen Entscheidung feststeht, kein Richter mehr befugt ist, über das materielle Recht oder Unrecht des Urtheils Untersuchungen anzustellen, l. 56. de re judic. (42, 1):

„Post rem judicatam vel jurejurando decisam vel confessionem in jure factam *nihil quaeritur*",

daß folglich jedes Urtheil, welches gegen ein früheres rechtskräftiges Erkenntniß verstößt, ohne Weiteres nichtig ist, l. 1. C. quando provoc. nec. non est (7, 64), und sogar ein Vergleich post rem judicatam keinen Rechtsbestand hat (vgl. §. 688. Anm.). Dieses Prinzip nun, welches den Gesetzen und der Natur der Sache nach eine ganz allgemeine Geltung bei allen Urtheilen hat, würde nach der Meinung der Gegner bei einem absolutorischen Erkenntniß gar nicht zur Anwendung kommen, und zwar augenscheinlich nicht blos einem solchen absolutorischen Erkenntniß, welches mit Unrecht einen Schuldner freispricht, sondern bei einem jeden, denn jeder abgewiesene Gläubiger kann ja behaupten, daß er mit Unrecht abgewiesen sei, und die Wahrheit oder Unwahrheit einer solchen Behauptung müßte einer neuen gerichtlichen Kognition unterworfen werden. Setzen wir, es ist ein Kläger nach einem in allen Instanzen durchgeführten

Prozeß rechtskräftig mit seiner Forderung abgewiesen worden; später wird er dem absolvirten Schuldner etwas schuldig, und in dem deßhalb gegen ihn erhobenen Prozeß schützt er eben wegen jener rechtskräftig abgewiesenen Forderung die Kompensations-Einrede vor. Nach der Meinung der Gegner müßte hier die replicatio rei judicatae durch eine duplicatio rei *male* judicatae elidirt werden, und der Richter also nun von Neuem wegen der angeblich noch vorhandenen naturalis obligatio die Existenz oder Nichtexistenz der rechtskräftig abgesprochenen Forderung untersuchen, und darüber erkennen, wo dann der Kreislauf durch alle Instanzen von Neuem beginnen könnte! Oder man setze, der Erbe eines in allen Instanzen rechtskräftig absolvirten Schuldners zahlt dem Gläubiger, weil er von diesem Urtheil nichts weiß, die geforderte Summe, und stellt deßhalb, nachdem er Kunde davon bekommen hat, die condictio indebiti an; auch hier müßte der Gläubiger durch den Einwand, daß der Schuldner mit Unrecht absolvirt sei, also eine naturalis obligatio noch fortdauere, den Richter nöthigen können, von Neuem über das Recht oder Unrecht der früheren res judicata zu kognosziren! Offenbar würde in allen solchen Fällen eadem quaestio inter easdem personas in das Judizium revozirt, und dennoch sollte die exc. oder repl. rei judicatae nichts helfen; dennoch sollte der Richter von Neuem prüfen dürfen, ob der Schuldner mit Recht oder Unrecht absolvirt sei! Hätte man solche, mit den klarsten Gesetzen im Widerspruch stehende Konsequenzen erwogen und sich namentlich von dem bestechenden Gedanken losgemacht, daß hier ja nur von einem mit Unrecht absolvirten Schuldner die Rede sei, hätte man vielmehr bedacht, daß durch jene Theorie nothwendig die Rechtskraft einer jeden absolutorischen Sentenz zu einer blosen Illusion werden muß: so würde die Lehre von der übrigbleibenden naturalis obligatio des mit Unrecht freigesprochenen Schuldners schwerlich so zahlreiche Vertheidiger gefunden haben.

2) Ein unterstützendes Moment für die richtige Ansicht kann noch in der oft ausgesprochenen Parallele des Eides mit der res judicata gefunden werden, vgl. z. B. l. 26. §. 2, l. 35. §. 1. de jurejur. (12, 2), l. 13. quib. mod. pign. (20, 6), l. 56. de re judic. (42, 1), l. 1. pr. quar. rer. act. (44, 5). Nun ist es aber gewiß, daß derjenige, welcher sich durch Eid befreit hat, eine irrig gemachte Zahlung unbedenklich mit der condictio indebiti zurückfordern kann, l. 39. 40. 42. pr. de jurejur. (12, 2), l. 43. de cond. ind. (12, 6), und zwar weil nach abgelegtem Eide „*ab omni contentione disceditur*", l. 43. cit.; gerade in dieser Beziehung aber stehen sich Urtheil und Eid gleich, l. 56. de re judic. („*nihil quaeritur*"), und es muß also auch konsequent für beide dieselbe Folge eintreten, obwohl in andren Beziehungen es wahr sein mag, daß der Eid „majorem auctoritatem habet, quam res judicata", l. 2. de jurejur. Die Behauptung von Fein S. 363 fgg., daß die gesetzliche Parallele des Eides mit dem Urtheile sich lediglich auf die kondemnatorische Sentenz beschränke, und deßhalb für unsre Frage ohne Bedeutung sei, ist innerlich haltlos, und wird schon, abgesehen von vielem Andren, durch die gleich nachher zu besprechende l. 13. quib. mod. pign. (20, 6) widerlegt, vgl. auch l. 42. §. 3. de jurej.

3) Entscheidend für die richtige Ansicht ist l. 13. quib. mod. pign. solv. (20, 6):

Tryphonin. „Si deferente creditore juravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset, *nam et si a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur*",

denn hier wird mit klaren Worten gesagt, daß das Pfandrecht erlöschen soll, obgleich der Schuldner mit Unrecht absolvirt sei, während wenn eine naturalis obligatio übrig bliebe, nicht so entschieden sein könnte, l. 14. §. 1. de pignor. (20, 1), (vgl. §. 364. Anm. 2). Die Versuche, diesen Ausspruch mit der Fortdauer der natur. oblig. in Einklang zu bringen, sind sehr ungenügend. So nimmt z. B. Savigny, System V. S. 388. Not. g., Oblig. I. S. 91. an, der Sinn der letzten Worte sei nur, daß allerdings der Schuldner und sein Successor auch gegen die hypothekarische Klage die exc. rei judic. opponiren könnten, da ja zur Begründung dieser Klage auch das Dasein der Schuld behauptet werden müsse; das Pfandrecht selbst höre aber nicht auf, und wirke namentlich dann unbeschränkt, wenn die verpfändete Sache in die Häude eines Dritten komme, dem nicht die exc. rei judic. zur Seite stehe; vgl. auch Pfeiffer a. a. O. S. 346 fg. Es ist aber einleuchtend, daß durch den ersten Theil dieser Behauptung Savigny mit seiner eigenen Theorie in Widerspruch tritt, denn da anerkannter Weise eine actio hypothecaria auch schon durch das Dasein einer natural. obligatio begründet wird, und da nach Savigny's Ansicht ungeachtet der res judicata doch eine naturalis obligatio übrig bleibt, so sieht man nicht ein, wie nach diesen Prämissen der actio hypothecaria die exc. rei judicatae mit Wirksamkeit entgegengesetzt werden dürfte; der zweite Theil dieser Behauptung aber — daß das Pfandrecht und die Pfandklage Dritten gegenüber unbeschränkt fortdauere — ist in augenscheinlichem Widerspruche mit den Worten des Gesetzes *pignus liberatur,* die gewiß nur von einer gänzlichen Erlöschung des Pfandrechts verstanden werden können, vgl. auch Fein a. a O. S. 197 fgg., Wächter S. 140 fgg., Buchka S. 326 fgg. Noch ungenügender ist die Meinung von Fein S. 199 fgg., wornach unsere Stelle von einem Eide und einem Urtheile, nicht über die persönliche Klage, sondern über die actio hypothecaria rede; eine Auslegung, die nicht nur den Worten Gewalt anthut („se dare non oportere"), sondern überdies den guten Gedanken Tryphonins in eine wahre Trivialität umkehrt, vgl. auch Wächter S. 142, Buchka S. 326. Die neuesten Vertheidiger der hier bekämften Theorie, Buchka S. 323 fgg., Bekker S. 289 fgg und Schwanert a. a. O. räumen denn auch geradezu ein, daß allerdings das Pfandrecht in Folge der sententia absolutoria erlösche, und wissen sich nur durch die Annahme zu helfen, daß in diesem Falle einer naturalis obligatio aus besondren Gründen einmal eine Ausnahme von der sonstigen Regel gelte, aber diese besondren Gründe sind so beschaffen, daß, wenn man sie konsequent verfolgt, sie nothwendig zu einer gänzlichen Negirung der angeblichen naturalis obligatio führen müssen. — Wenn man übrigens öfter die l. 27. de pignor. (20, 1) als unserer l. 13. cit. widersprechend angeführt hat, so ist dies offenbar unbegründet, denn Marcian in l. 27. cit. spricht nicht von einem debitor per injuriam

absolutus, sondern er behandelt dort einen Fall, in welchem ein Gläubiger wegen *pluspetitio* mit seiner Klage abgewiesen war („quia forte *causa ceciderat*"); daß in einem solchen Falle, in welchem natürlich der Richter nicht aussprechen konnte, daß der Beklagte nichts schulde, nur die Klage des Gläubigers zerstört wurde, aber eine naturalis obligatio und folglich auch das Pfandrecht bestehen blieben, liegt ganz in der Natur der Sache; vgl. auch Wächter a. a. O. S. 32 fgg., S. 142. Note 7.

4) Für die gegnerische Ansicht stützt man sich auch noch darauf, daß doch nur die civilis obligatio, die actio, in judicium deduzirt werde, l. 50. §. 2. de pecul. (15, 1), l. 8. §. 3. de fidej. (46, 1), und also auch nur diese durch res judicata konsumirt werden könne. Offenbar kann aber hieraus höchstens nur gefolgert werden, daß die exceptio rei judicatae in ihrer s. g. negativen Funktion eben so nur der actio entgegenstand, wie dies auch bei der exc. rei in judicium deductae der Fall war, m. a. W. daß die prozessualische Konsumtion der res judicata sich nur auf die Klage, und nicht auf die obligatio selbst erstreckte. Davon aber ist bei unsrer Frage gar nicht die Rede. Bekanntlich hat die exc. rei judicatae auch noch eine s. g. positive Funktion, die eben auf den Grundsatz: res judicata pro veritate habetur, basirt ist, und welche die Bedeutung hat, daß der materielle Inhalt des rechtskräftigen Erkenntnisses gegen jeden erneuten Angriff sicher gestellt werden soll (vgl. unten bei III.). Daraus geht aber von selbst hervor, daß überall dann, wenn ein Schuldner deshalb rechtskräftig absolvirt ist, weil keine Schuld bestehe, oder dieselbe ipso jure oder ope exceptionis erloschen sei, nothwendig die exc. oder replic. rei judicatae in dieser positiven Funktion Platz greift, wenn diese rechtskräftig abgesprochene obligatio zu abermaliger gerichtlicher Verhandlung gebracht würde; während sich dies freilich der Natur der Sache nach dann anders verhält, wenn ein Schuldner nur wegen pluspetitio, oder in Folge einer dilatorischen Einrede, oder wegen einer solchen exc. perpetua, die noch eine naturalis obligatio übrig läßt, absolvirt wird, denn in Fällen dieser Art geht ja der Inhalt des absolutorischen Erkenntnisses gar nicht auf die obligatio, sondern nur auf die actio. Die Behauptung Buchka's S. 315 fgg., daß nach römischem Prozesse eine jede absolutorische Sentenz sich nur auf die Klage, und nicht auf das der Klage zu Grunde liegende Recht erstreckt habe, und daß deßhalb eine nochmalige Verhandlung über das letztre in keinem Widerspruche mit der rechtskräftigen Sentenz stehe, ist nicht nur aus innern Gründen haltlos, sondern widerspricht auch klaren Quellen-Zeugnissen, aus denen hervorgeht, daß auch der römische judex die Rechtsgründe seiner absolutoria pronunziirte, und daß eben nach diesen Gründen der Umfang der Rechtskraft sich bestimmte, vgl. unten III.

5) Für die gegnerische Meinung werden mehrere Gesetze angeführt, und zwar vor allen Dingen die l. 60. de cond. ind. (16, 6), welche Stelle man von jeher für die Hauptstütze jener Theorie gehalten hat:

> *Paul.* „Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc judicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset, — *licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet*, — similemque esse ei dicit, qui

ita promisit: sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, quia ex una causa alterutrius solutionis origo proficiscitur“.

Ich kann mich, nach wiederholter sorgfältigster Prüfung, von der Beweiskraft dieser Stelle nicht überzeugen. Lassen wir einen Augenblick den Paulinischen Zwischensatz „**licet enim — — permanet**“ außer Rücksicht, so ist der Gedankengang Julian's unverkennbar folgender. Ein wirklicher Schuldner, welcher von seinem Gläubiger gerichtlich belangt war, hat nach der Litiskontestation Zahlung geleistet, und will dieselbe jetzt zurückfordern, weil er ja vor entschiedener Sache zur Zahlung nicht verpflichtet sei. Julian entscheidet, der Schuldner könne jetzt während des Prozesses darum nicht zurückfordern, weil er auch später nach geendetem Prozesse nicht zur Zurückforderung berechtigt sei, möge der Ausgang des Rechtsstreits sein, wie er wolle, möge er also absolvirt oder kondemnirt werden; und er sei demnach in dieser Beziehung demjenigen ähnlich, welcher etwas unter der Bedingung versprochen habe „wenn das Schiff aus Asien kommen wird, oder wenn es nicht kommen wird“, denn auch ein solcher könne, wenn er vor der Entscheidung dieser Bedingung irrthümlich gezahlt habe, nicht zurückfordern, weil er auch nach der Entscheidung, dieselbe möge ausfallen, wie sie wolle, nicht zur Rückforderung berechtigt sei. — Aus dieser Julianischen Argumentation kann nun doch offenbar nur der Satz abgeleitet werden, daß ein **verus debitor**, welcher vor der **sententia absolutoria** gezahlt hat, durch das nachherige freisprechende Urtheil nicht zur **condictio indebiti** befugt wird, denn die Behauptung von Fein, daß die Worte „**quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset**“ den Sinn hätten, der Schuldner könne eine nach der **sententia absolutoria** gemachte Zahlung nicht zurückfordern, trägt nicht nur ganz willkürlich etwas in die Stelle hinein, sondern stört offenbar den ganzen Gedankengang Julian's, der einfach dahin geht, daß der Schuldner jetzt deßhalb nicht kondiziren könne, weil er auch später, der Ausgang möge sein, wie er wolle, keine **condictio** habe. Der Satz nun aber, welcher wirklich aus der Julianischen Argumentation hervorgeht, daß nämlich das vor dem Urtheil Gezahlte auch nachher nach erfolgter **absolutio** nicht zurückgefordert werden könne, dieser Satz, sage ich, ist eben so wahr nach unsrer, als nach der gegnerischen Theorie, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil eine rechtskräftige Entscheidung der Natur der Sache nach nur für die Zukunft wirkt, aber nicht rückwärts in die Vergangenheit, weil also Jemand, welcher wirklich Schuldner ist, aber nachher absolvirt wird, deßhalb nicht rückwärts aufhört, Schuldner gewesen zu sein, sondern nur erst von der Zeit der **res judicata** an nicht ferner als Schuldner angesehen werden kann. Soviel ist also klar, daß die **l. 60. cit.** ohne den von Paulus eingeschobenen Zwischensatz „**licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet**“, für die ganze hier behandelte Streitfrage ohne alle Bedeutung sein würde, und es fragt sich also nur, ob denn wirklich dieser Zwischensatz ein wesentliches Moment für die gegnerische Meinung abgebe? Daß diese Worte grammatisch so ausgelegt werden können, wie die Gegner es wollen, soll nicht bezweifelt werden; daß aber diese Auslegung eine nothwendige sei, muß ich in Abrede stellen. Offenbar will Paulus in diesem Zwischensatze die Behauptung Julians näher begründen, daß ein **verus debitor**, welcher während des Prozesses Zahlung geleistet habe, auch

18*

nach einer später erfolgten absolutorischen Sentenz zur Rückforderung nicht berechtigt sei, und da lag denn doch zu diesem Behuf gewiß der vorher angedeutete Gedanke sehr nahe, daß eine spätere absolutorische Sentenz nicht in die Vergangenheit zurückwirken könne. Gerade diesen Gedanken nun will Paulus meiner Ueberzeugung nach in den kritischen Worten aussprechen, indem er sagt „ein Schuldner bleibt, wenn er auch später absolvirt wird, dennoch der Natur nach (natura ist hier, wie öfter, soviel als secundum rerum naturam oder naturaliter) Schuldner“, nämlich für die Zeit vor der Sentenz, worauf es hier allein ankam, da ja die Zahlung vor der Sentenz erfolgte; welche Wirkungen eine solche Sentenz für die Zukunft habe, das zu bestimmen, war keine Veranlassung vorhanden, und ist deßhalb auch nicht von Paulus angegeben worden, indem es ihm lediglich darauf ankam, daran zu erinnern, daß ein Schuldner nicht aufhöre, Schuldner gewesen zu sein, wenn er auch später vom Richter absolvirt würde. Nach dieser Auslegung, welche im Wesentlichen schon von Donellus a. a. O. entwickelt ist, kann also auch aus diesem Paulinischen Zwischensatz kein Argument für die gegnerische Meinung abgeleitet werden, denn es leuchtet von selbst ein, daß mit jenem Gedanken des Paulus sehr wohl der andre verträglich ist, daß von der Zeit der sententia absolutoria an allerdings der Schuldner aufhöre, Schuldner zu sein; und die ganze l. 60. pr. cit. in allen ihren Theilen führt also nur zu dem einfachen, auch mit unserer Theorie über die Wirkungen der sententia absolutoria vollkommen harmonirenden Rechtssatze: ein wirklicher Schuldner kann eine von ihm gemachte Zahlung selbst dann nicht zurückfordern, wenn er später wegen dieser Schuld rechtskräftig freigesprochen wird, denn er war doch zur Zeit der Zahlung wirklicher Schuldner, und dieses damals wirklich bestehende Schuldverhältniß kann auch der Natur der Sache nach durch die spätere absolutorische Sentenz nicht rückwärts aufgehoben werden; s. auch Witte, Bereichrungsklagen S. 85 fgg. — Was noch die andren für die gegnerische Theorie gewöhnlich angeführten Gesetze anbelangt, so sind dieselben ganz unbedeutend, denn die l. 8. §. 1. rem ratam haberi (46, 8) redet gar nicht von einem debitor injuria absolutus, sondern von einem Falle, in welchem der Kläger wegen Prozeß-Verjährung seine Klage verloren hat, *(„litem amiserit“)*, in welchem Falle allerdings eine naturalis obligatio zurückbleibt, was selbst auch von mehreren Vertheidigern der jenseitigen Ansicht anerkannt wird, vgl. z. B. Savigny V. S. 376. not. d., Oblig. I. S. 81 Not. d., S. 99. Not. dd., Buchka S. 318, und die l. 28. de cond. indeb. (12, 6):

> *Paul.* „Judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest“

setzt ja augenscheinlich voraus, daß der freigesprochne Schuldner wissentlich und freiwillig *(sua sponte)* Zahlung geleistet hat, in welchem Falle nach bekannten allgemeinen Grundsätzen keine cond. indebiti Statt findet, so daß diese Stelle mittelst des arg. a contrario weit eher für unsre Ansicht, als gegen dieselbe angeführt werden kann.

II. Der Inhalt des Urtheils wird aber realisirt theils durch die, dem siegreichen Kläger zustehende *actio judicati*, theils durch die dem Kläger wie dem Beklagten zuständige *exceptio rei judicatae*, die also insofern, als sie zur

Realisirung des materiellen Inhalts des Urtheils dienen soll, eine von Keller S. 223. Not. 4. s. g. positive Funktion hat. Von dieser positiven Funktion mußte aber nach klassischem Rechte noch eine zweite, von Keller s. g. negative Funktion der exc. rei jud. unterschieden werden, indem das Urtheil durch seine blose Existenz, ganz abgesehen von seinem Inhalte, die frühere actio zerstörte, und wenn man auch auf diese negative Funktion vornehmlich erst durch Gai. III. 180 fgg., IV. 106 fgg. aufmerksam geworden ist, so kommen doch auch noch im Korpus juris vielfache Spuren davon vor, vgl. z. B. l. 9. §. 1. de exc. rei judic., l. 16. §. 5. de pign. (20, 1), l. 23. de tut. et rat. distr. (27, 3), l. 22. §. 8. rat. rem haberi (46, 8), l. 2. C. de judic. (3, 1) u. s. w., Keller S. 231 fgg. Es konnte aber die exc. rei judic. in dieser s. g. negativen Funktion einer jeden Klage, welche dieselbe intentio mit der abgeurtheilten hatte, ohne Weiteres blos deßhalb entgegengesetzt werden, weil schon eine res judicata vorhanden war, und ohne alle Rücksicht darauf, ob sie mit dem materiellen Inhalt dieser res judicata in Widerspruch stand oder nicht, so daß sie also z. B. auch dann zulässig war, wenn die Klage blos wegen dilatorischer Einreden, oder wegen einer Pluspetitio u. dgl. abgewiesen war. Daß ein solcher Grundsatz, streng durchgeführt, zu den größten Härten führen mußte, ist unverkennbar, und schon in der klassischen Jurisprudenz treffen wir mannichfache Mittel an, denselben zu begegnen, z. B. praescriptiones pro actore, in integrum restitutio, Verpflichtung zu Kautionsleistung u. s. w., Keller §. 57 fgg., und insbesondre ist auch der allgemeinere, namentlich auch bei actiones in rem wichtige Grundsatz zu erwähnen, daß, wenn die exc. rei jud. in ihrer negativen Funktion dazu angewendet werden sollte, den positiven Inhalt des Urtheils zu untergraben, dieselbe durch eine replicatio rei judicatae („si secundum me judicatum non est") elidirt werden kann, „evidenter enim iniquissimum est, proficere rei judicatae exceptionem ei, contra quem judicatum est", l. 16. de exc. rei judic. Interessante Beispiele hierzu kommen in l. 16. §. 5. de pignor. (20, 1) und l. 9. §. 1. de exc. rei jud. vor, über welche beide Stellen sich die treffliche Schrift Ribbentrop's comm. ad l. 16. §. 5. de pign. et l. 9. §. 1. de exc. rei jud. Goett. 1824 verbreitet; vgl. auch Keller S. 581 fgg., Bethmann-Hollweg in der Tüb. Zeitschrift V. S. 93 fgg., Buchka I. S. 146 fgg., Bachofen, Pfandrecht I. S. 634, Pfeiffer a. a. O. XXXVII. S. 246 fgg., Bekker S. 269 fg., S. 317 fgg. — Für das Justinianische Recht kann von dieser ganzen negativen Funktion der exc. rei judic. keine Rede mehr sein. Erkennt man nämlich an, daß diese ganze prozessualische Konsumtion, deren Organ die exc. rei jud. in ihrer negativen Funktion ist, nicht erst durch das Urtheil herbeigeführt wurde, sondern schon durch die Litiskontestation, und daß man diese Wirkung, wenn einmal der Prozeß bis zur res judicata gediehen war, nach einem sehr natürlichen und leicht erklärlichen Sprachgebrauche allerdings zwar dem Namen nach an das Urtheil knüpfte, während dieselbe der Sache nach schon mit der Litiskontestation begründet war; erwägt man also, daß die exc. rei judicatae in dieser negativen Funktion schlechthin nichts weiter ist, als ein andrer Ausdruck für die exc. rei in judicium deductae: so versteht es sich schon ohne Weiteres von selbst, daß

mit dem Wegfallen dieser letztren (§. 160) auch die erstre als weggefallen angenommen werden muß, und dies wird denn auch überdies schon dadurch vollständig bewiesen, daß wir nicht wohl im Stande wären, aus dem corpus juris diese negative Funktion der exc. rei judicatae zu konstruiren. Wenn wir jetzt, nachdem wir aus andren Quellen diese prozessualische Konsumtion des klassischen Rechts kennen gelernt haben, zahlreiche Spuren derselben auch in den Pandekten erkennen, so kann uns dies begreiflich nicht zu einer andren Ueberzeugung bestimmen. Auch wenn die Gehilfen Justinian's ihre schwierige Aufgabe sorgfältiger und geistvoller gelös't hätten, als sie es gethan haben, und nach ihrem wissenschaftlichen Standpunkte thun konnten: so würde es doch fast unmöglich gewesen sein, alle Spuren und Hinweisungen auf dieses in den Organismus des klassischen Rechts tief verwachsene Prinzip aus den aufzunehmenden Stellen ganz auszumerzen: und in den weit meisten Fällen war auch wirklich die Aufnahme solcher Stellen um so ungefährlicher, da kein wesentlicher praktischer Irrthum daraus zu befürchten war. Nehmen wir also die Aufschlüsse, die uns die neu entdeckten Quellen über das Prinzip der prozessualischen Konsumtion geben, dankbar auf als wichtige Beiträge zur tieferen Einsicht in den Organismus des klassischen Rechts, und als sehr bedeutende Hülfsmittel für die Interpretation; aber hüten wir uns daraus praktische Folgerungen für das Justinianische Recht ziehen zu wollen! Diesem ist vielmehr die ganze Idee der prozessualischen Konsumtion fremd, und zwar nicht blos in Betreff der Litiskontestation, sondern auch eben so, und aus denselben Gründen, in Betreff der res judicata. Vergl. auch Francke im ziv. Archiv XXIII. S. 414 fgg., Wächter, Handbuch III. S. 35 fgg., Buchka II. S. 1 fgg., Savigny S. 276 fgg., Heimbach a. a. O. S. 784 fgg.

III. Im Justinianischen Rechte hat demnach die exceptio rei judicate nur noch eine Funktion, die von Keller s. g. positive, die auf den Grundsatz basirt ist: res judicata pro veritate habetur, und deren Bedeutung dahin geht, daß sie mit Wirksamkeit einem jeden Anspruche entgegengesetzt werden kann, welcher mit dem Inhalte des Urtheils in Widerspruch stehen würde. (Ueber den Versuch von Bekker, diese positive Funktion ganz zu beseitigen, und alle Wirkungen der exc. rei judicatae auf das Konsumtions-Princip zurückzuführen, Bekker a. a. O. S. 9 fgg. S. 135 fgg., s. auch Dernburg in Heidelb. krit. Zeitschr. II. S. 347 fgg. und Brinz Lehrb. §. 45. S. 144 fgg., über diesen m. E. ganz verunglückten Versuch vgl. Helmolt in der krit. Ueberschau III. S. 112 fgg., Keller, Zivilproz. 2. Aufl. S. 298 fg. Not. 849, Windscheid a. a. O. S. 82 fgg., Unger, System II. S. 649 fg. Not. 53). Unter dem Inhalte des Urtheils ist aber natürlich (vgl. bes. Savigny S. 350 fgg.) nicht die abstrakte Entscheidung — Kondemnation oder Absolution — zu verstehen, sondern den eigentlichen Inhalt bilden die objektiven Gründe (die von Savigny s. g. Elemente) der Entscheidung, und durch sie bestimmt sich namentlich der Umfang der Rechtskraft, indem dieselbe dadurch sowohl über die abstrakte Entscheidung hinaus wesentlich erweitert, als auch umgekehrt in engere Schranken eingeschlossen werden kann. Das Erstre findet z. B. Statt, indem nicht blos die endliche Entscheidung selbst, sondern auch die Entscheidung über Legitimations-

Punkte (s. unten V. 2), und über Exzeptionen (wie die exceptio compensationis, l. 7. §. 1. de comp., die exceptio justi dominii u. dgl.) in Rechtskraft übergeht. Daß aber auch umgekehrt wegen der objektiven Entscheidungsgründe der Umfang der Rechtskraft enger werden kann, davon sind schon oben Anwendungen angedeutet worden (s. I. 4. S. 274), und andre Beispiele finden sich in l. 7. §. 1. de comp. 16. 2. (wornach dann, wenn eine Kompensations-Einrede verworfen worden ist, unterschieden werden muß, ob die Verwerfung deßhalb geschah, weil keine Gegenforderung begründet sei, oder nur, weil diese Gegenforderung nicht kompensabel sei, indem im letztren Falle bei nochmaliger späterer Geltendmachung der Gegenforderung keine exceptio rei judicatae zugelassen wird), und in l. 9. pr. 17. 18. de exceptione rei judicatae (wornach dann, wenn der Beklagte bei einer hered. petitio oder einer rei vindicatio oder einer actio ad exhibendum deßhalb absolvirt wird, weil er nicht besitzt, bei wiederholter Anstellung der Klage von der exceptio rei judicatae keine Rede sein kann). — So gewiß es nun hiernach ist, daß die objektiven Entscheidungsgründe allerdings in Rechtskraft übergehen, eben weil hier wahre Entscheidungen vorliegen: so ist es doch auf der andren Seite eben so unzweifelhaft, daß bei den blos subjektiven Entscheidungs-Gründen, durch deren Erwägung der Richter zu seiner Entscheidung bestimmt worden ist, von einer Rechtskraft keine Rede sein kann. Vgl. vor Allen die treffliche Ausführung von Savigny a. a. O., und s. auch Linde im ziv. Arch. XXXIII. S. 315 fgg., Pfeiffer ebendas. XXXVII. S. 262 fgg., Sarwey's Monatsschr. XIX. S. 233 fgg., XX. S. 320 fgg., Heimbach a. a. O. S. 808 fgg., Schäffer in der G. Z. n. F. XII. S. 247 fgg., Unger, Syst. II. S. 639 fgg.

IV. Um die exceptio rei judicatae mit Wirksamkeit vorschützen zu können, müssen aber zwei Voraussetzungen zusammentreffen; es muß nämlich bei dem neuen Anspruch, welchem die Einrede entgegengesetzt werden soll, ganz dieselbe Rechtsfrage wieder verhandelt werden, über welche schon in dem früheren Prozesse rechtskräftig entschieden ist: und es muß überdies der neue Rechtsstreit unter denselben Personen geführt werden, unter denen auch der frühere Prozeß verhandelt worden ist, l. 3. de exc. rei judic.

> *Ulp.* „Julianus libro III. Dig. respondit, exceptionem rei judicatae obstare, *quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur*",

l. 7. §. 4. eod.:

> *Ulp.* „Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat, *quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur*, vel alio genere judicii".

Von diesen beiden Erfordernissen muß jetzt noch im Einzelnen gesprochen werden.

V. Was zunächst die objektive Identität, die Identität der Rechtsfrage anbelangt, so liegt in diesem Erforderniße zweierlei. Nämlich erstlich, wenn dieselbe fehlt, so fällt auch die exceptio rei judicatae hinweg, sollte im Uebrigen auch der neue Prozeß mit dem früheren abgeurtheilten vielfach ähnlich sein. Und zweitens, wenn dieselbe vorhanden ist, so findet auch immer die exc. rei. jud. Statt, sollten im Uebrigen auch nicht unbeträchtliche Verschieden-

heiten zwischen dem jetzigen und dem früheren Prozesse Platz greifen. Von dem erstren Satze kommen z. B. Anwendungen vor bei einer possessorischen und einer petitorischen Klage in Betreff desselben Gegenstandes, l. 14. §. 3. de exc. rei judicatae, bei zwei konfessorischen Klagen, von denen die eine auf iter, die andre auf actus geht, l. 11. §. 6. eod., bei einer vindicatio und einer condictio in Betreff desselben Gegenstandes, l. 31. eod. u. s. w., denn in allen diesen Fällen fällt die exc. rei judicatae hinweg, weil in den beiden Prozessen nicht eadem quaestio verhandelt wird, Savigny S. 420. — Was aber den zweiten Satz betrifft, so dürften dabei hauptsächlich folgende Punkte in Betracht kommen:

1) Wenn die Rechtsfrage wirklich identisch ist, so ist es gleichgiltig, ob gerade dieselbe Klage, oder ob eine andre Klage nachher angestellt wurde, indem auch im letztren Falle eine exc. rei judic. begründet ist, l. 5. de exc. rei jud.:

Ulp. „De eadem re agere videtur, et qui non eadem actione agit, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re“; l. 7. §. 4. eod. („vel alio genere judicii“); vgl. l. 28. §. 4. de jurejur. (12, 2), l. 27. §. 8. de pact. (2, 14). Davon kommen zahlreiche Anwendungen vor:

a) Wenn Jemand die hereditatis petitio angestellt hat, und damit abgewiesen ist, und nachher die rei vindicatio auf einzelne Erbschaftssachen oder eine Forderungsklage gegen einen Erbschaftsschuldner gebraucht — oder umgekehrt: so steht der zweiten Klage die exc. rei judicatae entgegen, l. 3. l. 7. §. 4. 5. h. t., denn das abweisende Urtheil bei der ersten Klage hat immer, wenigstens implicite, den Inhalt, Kläger sei nicht Erbe, und diesem Urtheile würde die zweite Klage widersprechen.

b) Wenn Jemand mit einer rei vindicatio rechtskräftig abgewiesen, und nachher gegen denselben eine actio Publiciana angestellt wird, so wird seine exceptio dominii durch eine replicatio rei judicatae entkräftet, l. 24. h. t.

c) Wenn die Kompensations-Einrede eines mit einer Forderungs-Klage Belangten rechtskräftig deßhalb verworfen wird, weil keine Gegenforderung begründet sei, und der Beklagte will späterhin diese Gegenforderung klageweise geltend machen, so ist die exc. rei judicatae begründet, l. 7. §. 1. de comp. (16, 2), vgl. l. 8. §. 2. de neg. gest. (3, 5), l. 1. §. 4. de contr. tut. (27, 4).

d) Wenn eine rei vindicatio oder eine hereditatis petitio auf einen Theil einer Sache oder einer Erbschaft rechtskräftig abgewiesen ist, so steht einer nachher angestellten actio communi dividundo oder familiae hercisc. die exc. rei judic. entgegen, l. 8, l. 11. §. 3. h. t., vgl. l. 25. §. 8. fam. herc. (10, 3), und über diese letztre Stelle Keller S. 364 fgg.

e) Wenn aus einem Delikt sowohl eine actio rei persecutoria, als eine actio poenalis hervorgeht, und der Kläger ist mit einer von beiden wegen nicht existenten Delikts abgewiesen: so kann der andren die exc. rei judicatae mit Wirksamkeit entgegengesetzt werden, arg. l. 13. §. 2, l. 28. §. 6. 7. de jurejur. (12, 2). Doch ist dies nicht unbestritten, indem z. B. Kierulff, Theorie I. S. 268, Buchka I. S. 312 fgg., Unger S. 623. Not. 16. 17. a. M. sind, vgl. aber dagegen Keller S. 280 fgg., Savigny S. 452 fgg.

2) Aus einigen der angeführten Beispiele (vgl. lit. a. und s. auch l. 33. §. 1. de usur. (7, 1) und arg. l. 1. h. t.) geht hervor, daß die Einrede der Rechtskraft auch dann begründet ist, wenn in dem früheren Prozeß über einen Punkt nicht principaliter, sondern nur incidenter, also namentlich nur als Voraussetzung für einen anderweiten Anspruch, oder zum Zweck der legitimatio ad causam entschieden worden ist, und dieses Ereigniß wird auch noch wesentlich unterstützt durch die römischen Grundsätze über die exc. praejudicialis, vgl. z. B. l. 13. 16. 18. de except. (44, 1) (vgl. über diese Einrede Brackenhöft, Ident. und Konner. §. 19. S. 373 fgg., Planck, Mehrheit der Rechtsstreit. §. 26 fgg. S. 178 fgg., Dernburg, Verhältniß der hered. petitio zu den erbschaftl. Singul. Klagen S. 1 fgg). Dennoch sind Manche andrer Ansicht, indem sie davon ausgehen, daß der römische Richter solche Präjudizialpunkte zwar allerdings untersucht, und das Resultat dieser Untersuchung bei der Entscheidung der Hauptsache zu Grunde gelegt, aber dieselben doch nicht eigentlich entschieden habe, weßhalb auch von einer Rechtskraft keine Rede sein könne; vgl. z. B. Planck a. a. O. S. 57 fgg., Buchka I. S. 300 fgg. und s. auch Pfeiffer im civ. Arch. XXXVII. S. 261 fgg., Unger II. S. 625 fgg. u. A. m. Die Gründe, die hierfür angeführt werden, sind aber gewiß unzureichend. Wenn nämlich allerdings in l. 5. §. 8. 9. de agn. et al. lib. (25, 3) und in l. 15. §. 4. de re judic. (42, 1) die eben angedeutete Behandlungsweise unzweifelhaft anerkannt ist, so hat dies doch lediglich seinen Grund in der besondren Natur der hier entschiedenen Fälle, indem gerade hierbei nach spezieller gesetzlicher Vorschrift der Präjudizialpunkt nur vorläufig und im Allgemeinen *(summatim)* untersucht werden soll (vgl. dabei aber auch Bringleb, Einl. in die summar. Proz. S. 245 fgg.), und deßhalb natürlich von einer rechtskräftigen Entscheidung desselben keine Rede sein kann. Was die l. 17. de except. (44, 1) betrifft, so muß man zwar allerdings Buchka'n einräumen, daß dieselbe nicht von der exc. praejudicalis, wie ihre Stellung zwischen l. 16. und 18. eod. erwarten ließe, sondern wirklich von der exc. rei judicatae redet; wenn aber Buchka hierbei supponirt, die actio confessoria sei deßhalb abgewiesen worden, weil dem Kläger sein behauptetes Eigenthum an dem praedium dominans aberkannt sei, so ist diese Voraussetzung völlig willkürlich, und doch würde gerade nur unter dieser Voraussetzung die Stelle einige Bedeutung für unsre Frage haben. Was endlich die l. 1. C. de ord. jud. (3, 8) anbelangt, so berührt sie offenbar unsre Frage gar nicht, indem daraus nur hervorgeht, daß der Richter der Hauptsache einen Präjudizialpunkt selbst dann zu untersuchen hat, wenn er auch an und für sich für denselben gar nicht kompetent ist; welche Wirkung aber eine solche Untersuchung für einen späteren Prozeß habe, ist hier weder direkt noch indirekt entschieden. Vgl. überhaupt Savigny S. 429 fgg., Windscheid S. 87 fgg., Heimbach a. a. O. S. 844 fgg., Endemann S. 83 fgg.; für das heutige Recht vertheidigt auch Buchka II. S. 183 fgg. die richtige Ansicht.

3) Wenn in unsren Gesetzen öfter die Identität des Gegenstandes als Erforderniß der exc. rei judicatae angeführt wird, vgl. bes. l. 12. 13. h. t.:

Paul. et *Ulp.* „Cum quaeritur, haec exceptio noceat necne? inspiciendum est, an *idem corpus sit, quantitas eadem* — —",

so hat dies seinen Grund doch nur darin, weil der Regel nach nur dann, wenn eadem *res* vorhanden ist, auch eadem *quaestio* angenommen werden kann; und wenn sich dies also doch einmal anders verhält, wenn also einmal ungeachtet der Verschiedenheit des Gegenstandes doch die Rechtsfrage in beiden Prozessen identisch ist, so kommt es bei der exc. rei judicatae auf die Identität des Gegenstands nicht an. Zu näherer Erläuterung bemerke man:

a) Wenn Jemand zuerst ein Ganzes, und nachher einen Theil dieses Ganzen einklagt, so findet die exc. rei judic. Statt, z. B. wenn Jemand zuerst einen fundus und dann einen reellen oder ideellen Theil desselben, oder zuerst eine Heerde und dann einzelne Thiere daraus, oder zuerst einen fundus und dann einzelne abgehauene Bäume daraus u. s. w. einklagen will, l. 7. pr., l. 21. §. 1. 2. h. t., s. auch Girtanner in Jhering's Jahrbb. III. S. 133 fgg. Daß sich diese Entscheidungen sehr leicht aus der negativen Funktion der exc. rei jud. erklären lassen, leuchtet von selbst ein, daß sie aber nur daraus erklärt werden könnten, wie ich in früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs annahm, muß ich jetzt in Abrede stellen. Nach den Grundsätzen des neueren Rechts ist nämlich in solchen Fällen die Klagbitte so aufzufassen, daß der Richter dem Kläger das Ganze, oder soviel vom Ganzen ihm gebühren möchte, zusprechen solle, und wenn nun der Richter den Kläger vollständig abweis't, so liegt darin, wenigstens implicite, der Ausspruch, daß dem Kläger gar nichts gebühre, so daß also allerdings die neue Klage auf einen Theil mit dem materiellen Inhalte des Urtheils in Widerspruch treten würde, vgl. auch Wächter S. 44 fgg., Savigny S. 303 fgg., S. 446 fgg. — Den oben angedeuteten Beispielen fügt Ulpian in den Schlußworten von l. 7. pr. cit. noch die andren zu, wenn Jemand zuerst ein Haus, und später nach dem Einsturz oder der Abtragung desselben, einzelne Balken desselben, oder zuerst ein Schiff und nachher einzelne Planken davon vindizirt. So unzweifelhaft richtig nun auch diese Entscheidung ist, wenn die spätere Vindikation der tigna oder tabulae gerade auf das Eigenthum des Ganzen gegründet ist — und von diesem Falle muß l. 7. pr. cit. verstanden werden —: so ist doch gerade hierbei auch möglich, daß die spätere Vindikation sich auf einen selbstständigen Eigenthums-Erwerb der tigna oder tabulae vor der Verbindung mit dem Hause oder dem Schiffe gründet, und in diesem Falle fällt die exc. rei judic. hinweg, wie auch Ulpian l. 7. §. 2. h. t. anerkennt, welcher Ausspruch also mit dem im princ. Gesagten in keinem wahren Widerspruche steht. (Der scharfsinnige Vorschlag Savigny's S. 503 fgg., in l. 7. cit. das principium mit den Worten „nam nocebit exceptio“ zu schließen, wornach dann die darauf folgenden Beispiele zusammen mit dem in §. 1. angeführten, als problematisch von Ulpian hingestellt sein würden, und auf sie alle die folgenden Worte „utrum idem petere videor, an aliud, magnae quaestionis est“ sich bezögen, dieser scharfsinnige Vorschlag, sage ich, hat doch erhebliche sprachliche und sachliche Bedenken gegen sich, z. B. das Fehlen des *item* vor den Worten „si anc. praegn. petiero“, der grammatisch nicht zu rechtfertigende Wechsel des Subjekts im Vorder- und Nachsatz [„si quis fundum petierit — —, utrum idem petere *videor*,“], das Zusammenwerfen völlig ungleichartiger Beispiele in dem so gebildeten §. 1, so wie insbesondre auch der

Umstand, daß doch in der That mehrere der hier genannten Beispiele gar nicht problematisch sind, wie namentlich der Fall von dem **fundus** und den **arbores excisae**, und der Fall von der **insula** und der **area**; vgl. auch *Basil.* 41. 2, 7).

b) Wenn Jemand zuerst eine Sklavin fordert, nachher aber ein Kind derselben, welches nach der Litis-Kontestation konzipirt worden ist, so steht ihm die exc. rei jud. entgegen, l. 7. §. 1. h. t., gewiß nicht wegen der negativen Funktion der Einrede, denn da das Kind erst nach der Litis-Kontestation konzipirt war, so war es gar nicht in judicium deduzirt, wohl aber wegen der positiven Funktion, denn in dem ersten Urtheil, daß der Kläger nicht Eigenthümer der Sklavin sei, ist auch der Folgesatz enthalten, daß ihm das Sklavenkind nicht zugehöre; da aber die letztre Funktion nur allmählig durch die römische Jurisprudenz entwickelt wurde, so erklärt es sich, daß diese Entscheidung lange streitig war („magnae quaestionis est“, l. 7. §. 1. cit.). — Der Widerspruch, der zwischen l. 7. §. 1. und l. 7. §. 3. vorhanden zu sein scheint, hebt sich doch wohl dadurch, daß man in der letztren Stelle einen siegreichen Kläger supponiren muß, worauf auch die Worte „plane si in restitutionem“ rel. deutlich genug hinweisen, vgl. auch Brackenhöft, Ident. S. 214 fgg.; die Aushilfe Savigny's S. 508, in §. 3. das *non* wegzulassen, ist nicht nur willkürlich, vgl. auch Basil. cit., sondern auch darum bedenklich, weil der folgende Satz „plane si“ etc. offenbar einen Gegensatz bilden soll, während nach Savigny's Vorschlag die Entscheidung in beiden Sätzen dieselbe sein würde. Wenn Manche, z. B. auch noch Bekker S. 237 und Windscheid S. 97 annehmen, daß in l. 7. §. 1. cit. noch gar keine Entscheidung gegeben sei, sondern diese erst in §. 3. nachfolge, und daß also in unsrem Falle nach Ulpian's Meinung die exceptio rei judicatae überhaupt ganz ausgeschlossen sei: so halte ich dies aus innern und äußern Gründen für unzulässig, und insbesondre spricht auch gegen diese Annahme die Entscheidung eines ganz ähnlichen Falles in l. 26. §. 1. h. t., wornach die exc. rei judic. unbedenklich dann zugelassen wird, wenn Jemand zuerst ein Ufergrundstück und hierauf eine erst später entstandene Insel vindizirt.

c) Wird zuerst auf einen Theil geklagt, und dann nach der Abweisung die Klage auf das Ganze angestellt, so ist zwar soviel gewiß, daß diese neue Klage in Betreff des in dem früheren Prozeß abgesprochenen Theils zurückgewiesen werden muß; was aber das Schicksal der Klage in Betreff der übrigen Theile anbelangt, so fällt hier regelmäßig die exc. rei jud. hinweg, es müßte denn ein Anspruch auf die übrigen Theile für sich allein gar nicht möglich sein, vgl. l. 26. pr. de exc. rei jud.

d) Wer nur den Nießbrauch eines Theils hat, aber das Ganze einklagt und abgewiesen ist, braucht nicht die exc. rei jud. zu fürchten, wenn er nachher eine Klage auf einen Theil, auf den Grund des Anwachsungsrechts, anstellt, l. 14. §. 1. h. t. Die negative Funktion der exc. rei jud. konnte hier nämlich nicht entscheiden, weil die neue Klage auf einen erst später entstandenen Grund, das Anwachsungsrecht, basirt wurde, und eben so wenig kann auch die exc. rei jud. in ihrer positiven Funktion hier angewendet werden, weil die zweite Klage mit dem Resultat des ersten Urtheils nicht in Widerspruch steht, denn ein Nießbrauch kann Jemanden akkresziren, welcher gar keinen Theil mehr

am Nießbrauch hat (ususfructus non portioni, sed personae accrescit), vgl. unten §. 554. Anm., und damit fällt auch jeder Widerspruch mit den Entscheidungen der l. 7. pr. h. t. (s. oben lit. a.) hinweg. — Hieraus erklärt sich auch von selbst die vielbesprochene (cf. *Schult.* ad h. l., Keller S. 378 fgg., Windscheid S. 98 fg.) l. 33. §. 1. de usufr. (7, 1):

Papinian. „Usumfructum in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit; unde si fundi vel fructus portio petatur, et absolutione secuta postea pars altera, quae adcrevit, vindicetur, in lite quidem proprietatis judicatae rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare, scribit Julianus, quoniam portio fundi velut alluvio portioni, personae fructus accresceret“.

e) Wenn der Gegenstand des früheren Rechtsstreits nur eine einzelne Zinsenforderung war, in dem späteren Prozesse werden aber Zinsen für eine andre Zeit, oder es wird das Kapital gefordert, so hängt Alles davon ab, ob in dem früheren Prozeß blos über die Zinsen, oder ob auch über die Kapitalschuld verhandelt worden ist. Im letztren Falle ist ungeachtet des beschränkten Hauptgegenstandes doch über das ganze Recht rechtskräftig entschieden, und wenn also der Kläger wegen nicht vorhandener Kapitalforderung mit seiner Klage abgewiesen war, so steht der späteren Klage unbedenklich eine exc. rei jud. entgegen. Die l. 23. h. t. muß gewiß von einem Falle verstanden werden, in welchem in dem früheren Prozesse lediglich über die Zinsenforderung verhandelt worden ist. — Ganz dieselbe Unterscheidung muß auch dann Platz greifen, wenn in dem früheren Prozesse nur eine einzelne Terminzahlung, oder eine einzelne Grundzins-Rate u. dgl. eingefordert wird. Vgl. überhaupt Arnold S. 268 fgg., Savigny S. 451 fgg., und für das neueste Recht auch Buchka II. S. 184 fgg.

4) Bei der Frage: ob die Angabe eines anderen Entstehungsgrunds bei der zweiten Klage die exc. rei jud. ausschließe? muß nothwendig zwischen actiones in personam und actiones in rem unterschieden werden. Die obligatio ist nämlich eine ganz verschiedene nach Verschiedenheit ihrer Entstehungsgründe, und wenn man also eine bestimmte Leistung in einem zweiten Prozesse aus einem andren Grunde fordert, so kann die exc. rei jud. in keiner ihrer beiden Funktionen entgegengesetzt werden, l. 14. §. 2. h. t. Aber das dingliche Recht bleibt trotz der verschiedenen Erwerbsarten immer dasselbe „neque enim amplius quam semel res mea esse potest“, weßhalb denn hier auch „omnes causae una petitione apprehenduntur“, l. 14. §. 2. cit, und daraus geht denn auch von selbst hervor, daß eine dingliche Klage nicht wegen Angabe eines andern Entstehungsgrunds des Rechts wiederholt werden darf, l. 11. pr. §. 1. 5., l. 30. pr. h. t., nur daß eine nachherige Erwerbung die exc. rei jud. allerdings ausschließen muß, l. 11. §. 4. 5., l. 14. §. 1, l. 21. §. 3., l. 25. pr. h. t. Doch aber ist die Annahme sehr gewöhnlich, wenn man *adjecta s. expressa causa* klage, d. h. einen bestimmten Entstehungsgrund des Rechts im Klagelibell angebe, so könne man dadurch der exc. rei jud. in Bezug auf jeden andren Entstehungsgrund vorbeugen, vgl. z. B. auch noch Keller S. 287 fgg., Heffter im Rhein. Mus. III. S. 222 fgg., Brackenhöft a. a. O. S. 237 fgg., Arnold a. a. O. S. 289 fgg., Savigny S. 514 fgg., Bekker S. 248 fg., Brinz,

Lehrb. S. 157 fg., Heimbach a. a. O. S. 855 fgg., Unger II. S. 660 fgg. u. A. m., eine Annahme, die sich auf l. 11. §. 2. h. t. („Si quis autem petat fundum suum esse eo, quod Titius eum sibi tradiderit; si postea alia ex causa petat, causa adjecta non debet summoveri exceptione"), und l. 14. §. 2. eod. stützt, in welcher letztren Stelle Paulus sagt: „Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. At cum in rem ago *non expressa causa, ex qua rem meam esse dico*, omnes causae una petitione apprehenduntur, neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest". Man kann aber dieser Annahme nicht beistimmen. In der ersten Stelle ist nämlich offenbar von einem dominium *postea* acquisitum die Rede, und in der zweiten wird durch die Worte: non expressa causa nicht eine Bedingung ausgedrückt, deren Nichteintritt auch möglich wäre, sondern eine nothwendige Eigenschaft der Formel, in welche eben der Grund der Entscheidung gesetzt wird. Man darf also nicht mit dem deutschen Korp. jur. Bd. IV. S. 540. so übersetzen: „wenn ich eine dingliche Klage erhebe, ohne den Grund ausdrücklich hervorzuheben — —, so sind alle Gründe in der einzigen Klage begriffen", sondern man muß so übertragen: bei einer dinglichen Klage werden immer alle causae in judicium deduzirt, weil dabei nicht eine einzelne Erwerbart in der Formel hervorgehoben wird. Vgl. bes. Puchta im Rhein. Mus. II. S. 251 fgg., der auch diese richtige Ansicht gegen die abweichende Ausführung Heffters a. a. O. ausführlich vertheidigte, ebendas. III. S. 467 fgg., s. auch Zimmern III. S. 152. Not. 7., S. 422, Sintenis, Erl. I. S. 220 fgg., prakt. Zivilr. I. S. 346, Buchka I. S. 145 fgg. (welcher jedoch II. S. 192 fgg. für das heutige Recht a. M. ist).

V. In Betreff der subjektiven Voraussetzung der exc. rei jud. muß das allgemeine Prinzip aufgestellt werden, daß die exc. rei jud. nur dann Statt findet, wenn die neue Klage *inter easdem personas* verhandelt wird, l. 1. 3. 7. §. 4., l. 22., l. 29. h. t., l. 31. de judic, (5, 1), l. 11. §. 3., l. 12. de jurejur. (12, 2), l. 63. de re judic. (42, 1), l. 2., l. ult. C. quib. res jud. non noc. Doch sind folgende Modifikationen dieses Satzes zu bemerken:

1) Was zunächst die prozessualische Stellvertretung anbelangt, so gilt im Justinianischen Recht der einfache Grundsatz, daß die exc. rei jud. Jedem, aber auch nur dem opponirt werden kann, welcher mit seinem Willen oder durch seinen Vormund repräsentirt worden ist, daß aber zur Erwerbung der Einrede jede Stellvertretung genügt, namentlich auch die des blosen Defensor, l. 11. §. 7. h. t.: Hoc jure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei jud. hae personae continerentur, quae rem in judicium deducant. Inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum; ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in judicium deducit. Vgl. auch l. 56. de judic. (5, 1), l. 27. 66. de procuratorib. (3, 3), l. 17. §. 2. de jurejur. (12, 2), l. 1. C. quib. res jud. n. noc. Ueber das Vorjustinianische Recht und dessen allmählige Fortbildung (*Gai.* IV. §. 97—99; Vat. fr. §. 317

331. 333.) s. bes. Keller §. 38—43. S. 303 fgg., §. 44. S. 359 fgg., Zivilproz. §. 52—54. 61, Bekker S. 139 fgg.

2) Die exc. rei jud. geht aktiv und passiv nicht nur auf den Universal- (was sich von selbst versteht), sondern auch auf den Singular-Successor über, l. 9. §. 2, l. 11. §. 3. 9. 10, l. 28. 29. §. 1. h. t., l. 3. §. 1. de pignorib. (20, 1), worunter man auch denjenigen begreifen muß, dem ein jus in re aliena konstituirt ist. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß dies nur unter der Voraussetzung wahr ist, wenn die Uebertragung während des Prozesses, l. 11. §. 10. cit., oder nach demselben vorgenommen ist, l. 29. §. 1. cit.

3) Wenn Jemand wissentlich seinen Auktor einen Prozeß führen läßt, dessen Ausgang auch implicite über sein Recht entscheidet, so muß er sich die exc. rei jud. gefallen lassen, l. 63. de re judic. Dies tritt z. B. ein, wenn der Käufer den Verkäufer, der Pfandgläubiger den Verpfänder wissentlich prozessiren läßt, ohne zu interveniren, während dies nicht auch auf solche Fälle angewendet werden kann, wenn der Miterbe wissentlich den Miterben wegen einer Erbschaftsschuld belangen läßt, vgl. l. 63. cit. Vgl. Keller S. 368 fgg., Brackenhöft, Ident. S. 193 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 343. Not. 22, Arnold a. a. O. S. 306 fgg., Savigny S. 476 fgg., Freudentheil im ziv. Arch. XLII. S. 84 fgg.

4) Die Untheilbarkeit der Realservituten bringt es mit sich, daß das Urtheil, welches der eine Miteigenthümer erwirkte, eine exc. rei jud. auch für und gegen den andern hervorbringt, l. 4. §. 3. 4. si servit. vindic. (8, 5), vgl. l. 19. eod., l. 1. §. 5. de arbor. caed. (43, 27).

5) Wenn gegen Jemanden eine Popularklage ordentlich durchgeführt ist, so gewinnt derselbe gegen jeden spätern Kläger die exc. rei jud., l. 3. pr. de popul. act. (47, 23), l. 45. §. 1. de procurat. (3, 3), l. 30. §. 3. de jurejur. (12, 2), l. 3. §. 13. de lib. hom. exhib. (43, 29).

6) Ein gegen einen Testamentserben gefälltes Urtheil verschafft dem Sieger auch eine Einrede gegen die Vermächtnißnehmer, es müßte denn der Erbe nur als contumax verurtheilt, oder eine Kollusion zwischen ihm und den Intestaterben vorgekommen sein, l. 3. pr. de pignorib. (20, 1), l. 8. §. 16, l. 17. §. 1. de inoff. test. (5, 2), l. 50. §. 1. de legat. I., l. 1. de exc. rei judic., l. 14. de appellat. (49, 1). Unter Kollusion hat man aber nicht blos an eigentliches Einverständniß zwischen den beiden Litiganten zu denken, sondern es gehört auch dahin schon die grob nachläßige Prozeßführung des Testamentserben, wie z. B. wenn er von einem ungerechten Urtheil nicht appellirt, l. 50. §. 1. cit. So aufgefaßt verschwindet jeder Widerspruch der vielbesprochenen (cf. Schulting ad h. l.), l. 50. cit. mit l. 3. de pignorib., und man darf gewiß nicht mit *Cujac.* obss. II. 17. das *non* vor nocebit legatariis wegwerfen; vgl. Keller S. 385. Not. 8. S. 388 fgg. Not. 12, Zimmern III. §. 140. Not. 7, Mühlenbruch, Komm. XXXV. S. 376. Not. 71; s. auch *Hofstaetter*, comm. ad l. 50. de legat. I. Monach. 1829.

7) Wenn über den status einer Person einem justus contradictor gegenüber [l. 3. de collus. deteg. (40, 16)], ohne Kollusion (l. 1. 2. pr. §. 4, l. 4, l. ult. de collus. deteg.) ein Urtheil gefällt ist, so hat dies regelmäßig eine

allgemeine Geltung gegen Jeden, so daß z. B. der, welcher durch Urtheil als Sohn des A. anerkannt ist, auch wenn er es nicht wirklich sein sollte, doch als consanguineus der wirklichen Söhne des A. gelten muß, l. 1. §. ult., l. 2. 3. de agnosc. v. alend. lib. (25, 3), l. 25. de statu hom. (1, 5), l. 24. de dolo (4, 3) (die oft auch hierher gezogene l. 29. de exc. rei jud. verb.: nec in servitutem videtur peti post rem pro libertate judicatam, gehört gar nicht hierher, vgl. die treffliche Erklärung dieses regelmäßig nicht verstandenen Gesetzes bei Keller S. 399 fgg.). Nur kann dies nicht so weit gehen, daß auch demjenigen Dritten die Verfolgung seines Rechtes benommen sein sollte, welcher selbst das Eigenthum, Patronat, die väterliche Gewalt oder Paternität für sich in Anspruch nimmt, l. 1. 5. si ingenuus dicetur (40, 14), l. 9. pr., l. 42. de liber. causa (40, 12), Keller §. 47, Brackenhöft, Ident. §. 20 S. 402 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 345. Not. 33, Savigny S. 471 fgg.

8) Bei der Korreal-Obligation, und folgeweise auch bei dem Verhältniß der Bürgen unter einander und zum Hauptschuldner, galt im klassischen römischen Rechte die einfache Regel, daß durch den Prozeß mit dem Einen der möglichen Beklagten alle Andren liberirt wurden, so daß also einem Jeden von ihnen, ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses, und ohne Rücksicht darauf, wie weit der Kläger dadurch zu seiner Befriedigung gelangt war, die exc. rei in judicium deductae oder exc. rei judicatae zustand, Cic. ad Att. XVI. 15, Paul. II. 17, §. 16, l. 2. de duob. reis (45, 2), l. 5. fin. de fidei (46, 1), l. 31. §. 1. de novat. (46, 2), vgl. auch §. 573. Anm. 5. War das Urtheil absolvirend, so trat überdies die exc. rei judicatae auch in ihrer positiven Funktion ein, ganz so, wie wenn der eine Korreus sich durch den Eid liberirt hätte, l. 42. §. 3. de jurejur.: Item si reus juravit, fidejussor tutus sit, quia et res judicata secundum alterum eorum utrique proficeret; vgl. l. 28. §. 1. 3, l. 42. pr. §. 1. 2. eod. — Justinian verordnete aber in l. 28. C. de fidej. (8, 41), es solle bei Bürgschaften und Korreal-Obligationen nicht mehr die Lit. Kontestation mit dem Einen den Andren liberiren, sondern nur erst die wirkliche Befriedigung, und damit ist denn zugleich ausgesprochen, daß auch die blose Verurtheilung des Einen den Andren noch nicht befreit, und also die exc. rei judicatae in ihrer negativen Funktion für die Uebrigen wegfällt. Offenbar aber kann dies nicht auch auf die positive Funktion dieser Einrede bezogen werden, und wenn also der eine Korreus absolvirt wird — natürlich aus einem, den objektiven Bestand der obligatio betreffenden Grunde — so muß auch noch nach neuestem Rechte den übrigen Korrei die exc. rei jud. zur Seite stehen. — Daß dies nicht bei blos solidarischen Verbindlichkeiten der Fall sei, geht von selbst aus der Grundverschiedenheit derselben von der Korreal-Obligation hervor (vgl. §. 573), und wird überdies sehr bestimmt durch l. 52. §. 3. de fidej. (46, 1) bestätigt. Vgl. überhaupt Keller S. 414 fgg. S. 435 fgg., Ribbentrop, zur Lehre von den Korrealoblig. §. 1—9, §. 28, Wächter a. a. O. S. 17 fgg. S. 56 fgg., Buchka a. a. O. I. S. 103 fgg., II. S. 34 fgg., Savigny, Oblig. I. S. 188 fgg., Kübel in Sarwey's Monatsschr. XX. S. 260 fgg. Anm. 53, Bekker S. 214 fgg., Kuntze, die Oblig. und Sing. Succ. S. 210 fgg.

9) Wenn aus einer obligatio zwischen zwei bestimmten Personen eine Klage gegen einen aus besondren Gründen verpflichteten Dritten Platz greift, wie dies namentlich der Fall ist bei den s. g. actiones adjecticiae qualitatis gegen den Vater, Herrn, oder Mandanten aus Obligationen der Hauskinder, Sklaven oder Mandatare (actio de peculio, de in rem verso, exercitoria etc.): so mußte auch hierbei das Prinzip der prozessualischen Konsumtion dahin führen, daß durch den Prozeß gegen Einen der möglichen Beklagten alle Uebrigen liberirt wurden, ohne Rücksicht darauf, ob und inwieweit der Kläger dadurch zu seiner Befriedigung gelangt war, l. 32. pr. de pecul. (15, 1), l. 1. §. penult. de exerc. act. (14, 1), l. 4. §. 5. quod cum eo, qui in al. pot. (14, 5), l. 9. §. 1. de trib. act. (14, 4); *Keller*, comm. ad leg. Si ex duobus 32 pr. §. 1. de pecul. Goett. 1823, Derselbe, Lit. Kont. und Urth. S. 413 fgg. S. 420 fgg., Wächter S. 19 fgg., Buchka I. S. 122 fgg.; vgl. auch Dietzel in Bekker's Jahrb. II. S. 415 fgg. mit Keller das. III. S. 172 fgg. Schon das klassische röm. Recht gewährte gegen die hieraus unvermeidlich hervorgehenden Härten mehrfache Hülfsmittel, vgl. Keller in der angeff. comm. und Lit. Kont. S. 544 fgg. Für das Justinianische Recht versteht sich aber, in Gemäßheit der bisher entwickelten allgemeinen Grundsätze, ganz von selbst, daß das Prinzip der prozessualischen Konsumtion auch in dieser besondren Anwendung als weggefallen angenommen werden muß (vgl. auch die gewiß in Folge hiervon interpolirte l. 30. §. 4. de pecul., Francke im ziv. Arch. XXIII. S. 400. Not. 22. S. 420), und es sich also jetzt hiermit gerade so verhält, wie dies vorher bei Nr. 8. für den Fall der Korreal-Obligation dargestellt worden ist; vgl. auch Wächter S. 60 fgg., Buchka II. S. 37 fgg., Bekker S. 173 fgg.

3) Condemnatio in id, quod debitor facere potest. §. 174.

Lauterbach, de benef. comp., in Diss. acad. I. 13; *Hellfeld*, de benef. comp. ex proprio aeque ac tertii jure, in opp. min. I. 25; Schöman, Handb. II. Nr. 4. S. 63 fgg., *Holtius* in der biblioth. du Jurisconsulte et du Publiciste tom. I. p. 387 sqq., und in dessen Abhh. übersetzt von Sutro S. 83 fgg., Francke im ziv. Arch. XXIII. 14, Sintenis, von der prozess. Natur des benef. comp., in der Gieß. Zeitschr. XV. 13. Vgl. auch Unterholzner, Schuldverh. I. §. 181 fgg. S. 380 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. II. §. 91. S. 161 fgg.

Anm. 1. Man versteht jetzt unter dem benef. condemnationis, in quant. deb. fac. pot., oder dem s. g. benef. competentiae s. deductionis das gewissen Personen zustehende singuläre Recht, von dem Gläubiger verlangen zu können, daß er ihnen bei Realisirung seiner Forderung den nothwendigen

Unterhalt lasse. Man muß aber vielmehr so sagen: das eigentliche **beneficium cond. in quant. deb. fac. pot.** bestand ursprünglich darin, daß der Schuldner nur bis zum Belauf seines Vermögens zur Zeit der Kondemnation verurtheilt werden durfte, und also für den Rest völlige Befreiung eintrat; und diese Rechtswohlthat ist dann später dahin erweitert worden, daß auf einen solchen begünstigten Schuldner auch bei der Exekution insofern billige Rücksicht genommen werden mußte, daß ihm die nothwendigen Subsistenz-Mittel für sich und seine Familie nicht entzogen werden durften. Die wesentlichsten Beweise hierfür liegen in Folgendem:

a) Entscheidend spricht wohl für jene Grundansicht schon der Name, s. bes. **l. 82. ad leg. Falcid. (35, 2)** und vgl. auch **l. 21. de re judic. (42, 1), l. 49. de pact. (2, 14) §. 37. J. de actionib. (4, 6)**, wo jener Name als synonym mit: **ut non ultra facultates damnetur** erscheint.

b) Ganz in der angegebenen Weise kommt jene Rechtswohlthat bei **Theoph. IV. 6. §. 37.** vor; denn nachdem dort gesagt ist, daß die Frau bei Zurückforderung der Dos nicht immer das Ganze bekomme, **sed quatenus facultates meae patiuntur**, fährt Theophilus so fort: „**Et si quidem concurrat quantitas bonorum meorum cum quantitate dotis, solidum mulier consecutura est. Sin vero, cum dos centum aureorum esset, facultates meae tantum quinquaginta colligant, in quinquaginta condemnabor; eatenus enim facere possum**".

c) Vorzüglich beweisend ist **l. 19. §. 1. de re judic. (42, 1)**:

> „**Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur, et quidem is solus deducto aere alieno. Et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. Imo nec totum, quod habet, extorquendum ei puto, sed et ipsi ratio habenda est, ne egeat**".

Hier ist in der That so deutlich, wie möglich, ein zweifaches **beneficium** ganz in der oben angedeuteten Art unterschieden, und Thibaut's Erklärung dieser Stelle bedarf gewiß keiner besondern Widerlegung. Derselbe meint nämlich in seinen civ. Abh. S. 349: da der Schenker das exorbitante Vorrecht genieße, daß auch das vorabgezogen werden könne, was er andren Kreditoren schulde, so sei ein Zweifel entstanden, ob er sich daneben auch noch besondre Fonds für seine Alimentation zurückbehalten dürfe, denn es habe ja leicht geschehen können, daß jene andren Kreditoren ihn in Ruhe ließen, und er also dann solche besondre Fonds gar nicht nöthig habe. Diesen Zweifel habe Paulus in **l. 19. cit.** beseitigen wollen, aber er habe nicht daran gedacht, ein Kondemnations- und ein Exekutions-Benefizium unterscheiden zu wollen; vgl. auch Unterholzner S. 381. Not. d. a. E. — Gewiß hätte Paulus hier etwas sehr Ueberflüssiges gethan; denn da das ganze Benefizium nach Thibauts Meinung darin besteht, daß man sich die Alimente abziehen darf, und da es auch gewiß war, daß der Schenker dieses Benefizium habe, so wäre ein Zweifel darüber, ob sich der Schenker die Alimente abziehen dürfe, so lächerlich gewesen, daß hier höchstens eine **responsio Celsina** am Platz gewesen wäre.

Auf den hier angedeuteten Grundcharakter dieser Rechtswohlthat machte

zuerst Schöman, Handb. II. S. 63 fgg. aufmerksam, aber erïirrte insofern, daß er das Exekutions-Benefizium nicht als regelmäßig mit dem Kondemnations-Benefizium verbunden annahm, sondern dasselbe nur in drei Fällen statuiren wollte, nämlich bei dem Schenker, den Eltern und Kindern, und dem Schuldner, welcher bonis zedirt hatte, und nachher doch wieder belangt wurde, l. 19. §. 1, l. 30. de re judic., l. 6. de cess. bonor. Dies ist aber, wenigstens für das spätere Pandekten-Recht, falsch, indem hiernach stets das Kondemn. Benef. auch das Exekut. Benef. nach sich zog, wodurch es denn auch dahin kam, daß man mit dem Namen condemnatio in quantum debitor facere potest beide Rechtswohlthaten zusammen zu bezeichnen pflegte. Die Hauptstelle für diese spätre Gestaltung ist die l. 173. pr. de R. J.:

„In condemnatione personarum, quae in id, quod facere possunt, damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant".

Mit dieser, freilich wesentlichen Modifikation ist dann auch die Schöman'sche Meinung von mehrern Neuern gebilligt worden; vgl. namentlich *Holtius* a. a. O. pag. 390 sqq., v. Schröter in der Tüb. krit. Zeitschr. IV. S. 76 fgg., Zimmern, Rg. III. §. 141, Mühlenbruch, Lehrb. I. §. 154. Not. 2. Fritz in seiner Ausg. des Wening'schen Lehrb. II. §. 198. und Erl. zu Wening H. III. S. 111 fgg.; s. auch *Pellat,* textes sur la dot. 2. edit. Par. 1853. p. 145 sqq.

Im Einzelnen gelten hier aber noch folgende Grundsätze:

1) Wer unsrer Rechtswohlthat genießt, kann verlangen, daß er nur auf soviel verurtheilt werde, als sein Vermögen im Augenblick der Kondemnation beträgt, l. 63. §. 6. pro soc., l. 15. pr., l. 53. sol. matr. (24, 3). Was er etwa noch andren Gläubigern schuldet, wird nicht berücksichtigt, wovon nur beim Schenker eine Ausnahme vorkommt, l. 63. §. 3. pro soc. (17, 2), l. 12. de donat. (39, 5), l. 16. 19. pr. §. 1, l. 49. 50. de re judic. (vgl. auch noch Unterholzner S. 387 fgg., Rudorff, Grundriß §. 232. Anm. 2, *Pellat* cit. p. 141 sqq.), wohl aber wird dem wirklichen Bestand des Vermögens auch dasjenige zugerechnet, was durch den dolus des Schuldners aus seinem Vermögen gekommen ist, l. 63. pr. §. 7. pro soc., l. 18. §. 1. sol. matr. Ist nun hiernach der Schuldner auf weniger, als die Schuld beträgt, kondemnirt worden, so wurde er nach früherem klassischem Rechte für den Rest vollständig befreit, indem hier die Grundsätze der prozessualischen Konsumtion eingreifen mußten, was zwar Sintenis in der angef. Abh. S. 327 fgg. in Abrede stellt, aber gewiß mit Unrecht. Doch konnte den daraus hervorgehenden Härten dadurch vorgebeugt werden, daß sich der Gläubiger eine Kaution dahin bestellen ließ, daß ihm bei neuem Vermögens-Erwerb Nachzahlung geschehe; was freilich nur in zwei Fällen, nämlich bei der actio pro socio und der actio ex stipulatu de dote besonders angeführt wird, l. 63. §. 4. pro soc. (17, 2), l. 47. §. 2. de pecul. (15, 1), l. un. §. 7. C. de rei ux. act. (5, 13), was aber doch wohl auch in den übrigen Fallen der Kompetenz-Wohlthat gleichmäßig Anwendnng fand, vgl. auch Francke S399. fgg., Sintenis S. 325 fgg., Unterholzner S. 386. Not. u. Wie dem aber auch sei, so muß doch für das

Justinianische Recht nach Aufhebung des Prinzips der prozessualischen Konsumtion dem Gläubiger unbedenklich die Nachforderung des Rests, nach verbesserten Umständen des Schuldners, gestattet sein, ohne daß es dazu erst noch einer Vermittlung durch Kaution bedarf, und wenn dieselbe doch noch von Justinian selbst in der l. un. §. 7. C. cit. angeführt wird, so beweis't dies nur, daß dieselbe allerdings auch noch jetzt bestellt zu werden pflegte, aber keineswegs, daß sie für den Gläubiger wirklich nothwendig sei.

2) Eine fernere Folge unserer Rechtswohlthat ist aber nach dem Obigen auch noch die, daß nicht einmal Alles, worauf der Schuldner kondemnirt ist, auch exequirt werden kann; sondern derselbe kann sich noch soviel abziehen, als er zum Lebensunterhalt für sich und seine Familie nöthig hat. Was aber der Gläubiger durch dieses anderweite Benefizium verliert, konnte er auch schon nach früherem Rechte, wenn der Schuldner wieder zu Kräften gekommen ist, von demselben nachfordern, indem für diesen Fall von einer Konsumtion der Klage keine Rede sein konnte.

3) Die Rechtswohlthat kann nur auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden, so daß namentlich eine Zurückforderung des Gezahlten nicht Statt findet, l. 8. 9. de cond. indeb. (12, 6). Allerdings aber kann die Einrede auch noch der actio judicati entgegengesetzt werden, l. 5. pr. quod cum eo (14, 5), l. 17. §. 2. sol. matr., l. 33. pr. de donat. (39, 5), l. 41. §. 2. de re judic., nützt jedoch weder den Bürgen, noch den Successoren, l. 63. §. 1. 2. pro soc. l. 12—15. §. 1. sol. matr., l. 23. 25. de re jud., l. 1. pr. de exc. (44, 1), und fällt ganz hinweg bei Klagen aus Delikten, so wie wenn sich der Debitor eines Dolus schuldig macht, z. B. wenn sich ein filiusfamilias böslicher Weise für einen paterfamilias ausgiebt, oder wenn der mit der actio pro socio Belangte die Sozietät ableugnet, l. 4. §. 1. 2, l. 6. quod cum eo (14 5), l. 67. §. 3. pro soc. (17, 2), l. 22. §. 1, l. 52. de re jud.

Anm. 2. Die einzelnen Fälle, in denen das benef. competentiae eintritt, sind folgende:

1) Die Eltern haben dieses benef. gegen ihre Kinder, §. 38. J. de actionib. (4, 6), l. 54. solut. matr. (24, 3), l. 16. de re judic. Daß dasselbe auch den Kindern gegen die Eltern zustehe, wie häufig behauptet wird, ist in den Gesetzen nicht begründet, und wird namentlich durch die dafür angef. l. 30. fin. de re judic. nicht bewiesen. Die neuere Theorie scheint sich auch, gewiß mit Recht, immer mehr der strengeren Meinung zuzuneigen, vgl. z. B. Fritz in Wening's Lehrbuch §. 198. und Erläutr. S. 115 fgg., Mejer in Schweppe's Handb. III. S. 57, Mühlenbruch §. 154, Göschen §. 413, Puchta §. 245, Unterholzner S. 382. Note h, Sintenis, praktisches Zivilrecht II. S. 164. Note 59.

2) Auch den Ehegatten steht gegen einander die Einrede der Kompetenz zu, l. 20. de re judic., und zwar ist dies wohl gewiß nicht blos auf den Fall zu beziehen, wenn eine Klage während bestehender Ehe angestellt wird, sondern auch auf den andern, wenn nach getrennter Ehe auf eine während derselben entstandene Schuld geklagt wird.

3) Wenn der Schwiegervater während bestehender Ehe von dem Ehemanne auf Herausgabe einer versprochenen Dos belangt wird, so steht ihm die Einrede der Kompetenz zu, l. 21. 22. de re judic., l. 17. pr. sol. matr. Nach getrennter Ehe hat er nicht unbedingten Anspruch darauf, sondern nur, wenn er sich keines Dolus schuldig machte, l. 84. de jure dot. (23, 3), Glück XXV. S. 187 fgg. Daß auch bei anderweiten Klagen, welche der Schwiegersohn während bestehender Ehe gegen den Schwiegervater anstellt, dem Letztern das benef. comp. zustehe (wie z. B. auch noch Unterholzner S. 382. Note m. und Sintenis, Zivilr. S. 164. Note 63. annehmen) ist eine durch kein Gesetz unterstützte Behauptung. — Kann aber auch der Extraneus, welcher ein Dos versprach, die exc. comp. gebrauchen? Paulus leugnet dies auf das Bestimmteste in l. 84. de jure dot. und l. 41. pr. de re judic. Der anscheinend entgegenstehende Ausspruch Ulpian's in l. 33. de jure dot.:

> „— — nam si [extraneus] donavit, utcumque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionum, qui donaverat, *quemque in id, quod facere posset, si convenisset, condemnaverat;* hoc enim D. Pius rescripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos“,

ist gewiß nach dem Vorgang von Cujacius obss. XII. 17. so zu erklären, daß man als Subjekt des Satzes, quemque in id rel. nicht den Mann, sondern die Frau (die auch allein als die Beschenkte betrachtet werden kann) annimmt; dem Manne soll es nämlich nicht zum Vorwurf gereichen, wenn er den schont, welchen die Frau selbst hätte schonen müssen. Ueber andre Erklärungen vgl. Glück XXIV. S. 440 fgg. Note 30. und besonders v. Meyerfeld im Rhein. Museum VII. S. 111 fgg., s. auch Puchta §. 245. not. q. und Sintenis S. 165. Note 67.

4) Wenn die Dos nach getrennter Ehe vermöge gesetzlicher Vorschrift, nicht aber auch, wenn eine dos *receptitia,* zurückgefordert wird, so steht die exceptio compet. zu a) dem Ehemann selbst, l. 12, l. 15. pr., l. 17. §. 2. sol. matr. (24, 3), l. 17, l. 20. 21. 23. 24. §. 1. de re jud., l. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (5, 13), §. 37. J. de act. (4, 6); s. auch l. 43. sol. matr.: „Si maritus in id, quod facere potest, condemnatus sit, et nomina sint ad dotis quantitatem, neque amplius necesse habebit mandare actiones“, denn so müssen doch wohl die letzten Worte dieser vielbesprochenen Stelle gelesen werden, s. Basil. XXVIII. 8. 41. und *Bynkershoek,* obss. lib. VII. c. 2; über andre Emendationen s. Glück XXVII. S. 354 fgg., welcher selbst die gewiß sinnlose Florent. Leseart: neque amplius, neque hab. mand. act., in Schutz nimmt); — b) den Kindern desselben aus derselben Ehe, l. 18. pr. sol. matr.; — c) dem Vater desselben, l. 15. §. 2, l. 16. sol. matr., l. 21. de re jud. — Andre Erben des Ehemannes haben dagegen die Wohlthat nicht, l. 12. 13. h. t., wohl aber ist es bei den wirklich berechtigten Personen einerlei, ob die Frau selbst, oder ob ihre Erben klagen, l. 27. sol. matr.

5) Wenn der Ehemann wegen der von einem Andern vorgenommenen Beerdigung der Frau mit der *actio funeraria* belangt wird, so wird er immer nur in quantum facere potest kondemnirt, und es ist dabei einerlei, ob er als

Inhaber der Dos, oder weil die Frau keine Erben hat, belangt ist, l. 27. §. 2, l. 28. de religios. et sumt. funer. (11, 7).

6) Nach einem Reskript von Pius steht auch dem aus einem Schenkversprechen belangten Schenker, und zwar diesem in außergewöhnlichem Umfange (s. Anm. 1), die exc. comp. zu, l. 33. de jure dot., l. 19. §. 1. de re jud.

7) Auch bei dem Sozius, wenn er mit der actio pro socio belangt wird, kommt das benef. competentiae in Betracht, §. 38. J. de actionib.:

„Item si socius cum socio judicio societatis agat, non plus actor consequitur, quam adversarius ejus facere potest".

Ob dies aber nur bei der societas omnium bonorum, oder auch bei der societas unius rei gelte, ist wegen zweier Stellen von Ulpian gar sehr bestritten. Während nämlich derselbe in l. 63. pr. pro socio (*Ulp.* lib. 31. ad Edict.), allen Gesellschaftern das beneficium einräumt, „etiam si non universorum socii sint, sed unius rei", sagt er in l. 16. de re judic. (*Ulp.* lib. 63. ad Edict.) mit freilich ziemlich unlateinischen Worten: „socium autem omnium bonorum accipiendum est". Ueber die mancherlei Vereinigungs-Versuche, theils durch Textes-Veränderung der l. 16. cit., theils durch Erklärung, vgl. Glück XV. S. 428 fgg., Gans und Gensler im ziv. Arch. II. S. 242 fgg., S. 247 fgg., Fritz, Erl. S. 118 fgg., Marezoll in Gieß. Zeitschr. XIV. 9; s. auch Puchta §. 245. not. p., Unterholzner S. 383. not. o. Am meisten möchte wohl folgende Erklärung für sich haben: Aus l. 22. §. 1. de re judic. sehen wir, daß der Prätor nur nach vorgängiger causae cognitio die exc. comp. den socii gestatten will („quod autem de sociis dictum est, ut et hi, in quantum facere possint, condemnentur, *causa cognita se facturum* praetor edicit"). Bei der societas omnium bonorum bedarf es aber gewiß keiner besondern causae cognitio, sondern hier ist die Einrede ohne Weiteres zu gestatten, wenn nur die Sozietät nicht abgeleugnet ist; und darum hebt Ulpian in l. 16. cit. diesen Fall als den regelmäßigen allein hervor. Bei einer societas unius rei wird das beneficium freilich auch eingeräumt, aber nur, wenn sich aus vorgängiger causae cognitio ergibt, daß hier wirklich die socii in einem nahen, innigen Verhältniß stehen. Dieser Erklärung entspricht es am meisten, wenn man die Worte der l. 63. cit.: hoc enim summam rationem habet, quum societas jus quoddammodo fraternitatis in se habeat so auffaßt: dies habe vollkommenen Grund, „wenn die partikuläre Sozietät gleichsam eine Verbrüderung der Theilnehmer mit sich führe". Doch aber läßt sich auch die gewöhnliche Uebersetzung: weil die Sozietät u. s. w. mit der obigen Annahme recht wohl vereinigen: vgl. Neustetel im zivil. Archiv II. S. 343 fgg., jedoch auch Barth, Samml. auserlesener Dissertt. Bd. II. S. 346. Note c.

8) Der Schuldner, welcher bonis zedirte, hat in Betreff des neuerworbenen Vermögens einen Anspruch auf das benef. competentiae, §. ult. J. de act., l. 4. 6. de cess. bonor. (42, 3), l. 3. C. de reb. auct. judic. (7, 72). Ob er aber diese Einrede auch denjenigen Gläubigern entgegensetzen kann, denen er erst nach der Zession schuldig geworden ist, ist streitig. Unter den Neuern ist besonders Thibaut, ziv. Abh. S. 350 fgg., System §. 662., für die bejahende Meinung wegen l. 4. §. 1. de cess.

„Sabinus et Cassius putabant, eum, qui bonis cessit, ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari".

Diese Stelle kann aber auch den Sinn haben: der Schuldner könne allen frühern Kreditoren die Einrede entgegensetzen, selbst auch denjenigen, denen aus der cessio bonorum nichts zugekommen ist, Mackeldey §. 776 bei Note h, Puchta §. 245. not. v, Unterholzner S. 384 fgg. not. u. Will man jedoch auch die Stelle von allen, selbst den späteren Kreditoren verstehen (wie dies namentlich in den Basiliken IX. 5. 4. geschieht: is vero nec ab alio quopiam [ἀπὸ ἄλλου τινὸς] inquietatur), so muß dies doch gewiß nur als eine historische Notiz betrachtet werden, da in andren deutlich redenden Stellen das Gegentheil vorausgesetzt wird, namentlich in §. ult. J. de act. *(„ex integro")* und in l. 3. C. de bon. auct. jud. (ex contractu, *qui cessionem rerum antecessit").* Mit Recht haben sich daher auch fast alle Neueren gegen Thibaut erklärt, vgl. z. B. außer den schon angeff. Mackeldey, Puchta und Unterholzner auch noch Göschen §. 413, Wening §. 198. (5te Aufl. S. 42), Schweppe, Hdb. III. §. 393. S. 59, Fritz, Erl. S. 120 fgg., Sintenis, Zivilr. S. 166. Note 69 u. A. m. Vgl. überhaupt Sarwey's Monatsschr. XVIII. S. 335 fgg.

9) Wenn ein Hauskind während väterlicher Gewalt Schulden kontrahirt hat, und deßhalb bald nach der Emanzipation belangt wird, so steht ihm die exc. compet. zur Seite, und dasselbe ist auch dann der Fall, wenn es wegen solcher Schulden bald nach dem Tode des Vaters angegriffen wird, vorausgesetzt, daß es aus dem Nachlaße des Vaters Nichts, oder doch wenigstens im Verhältnisse zu den Schulden nur Unbedeutendes ererbt hat, l. 2—7. quod cum eo (14, 5), l. 37. §. 2. de adm. et per. tut. (26, 7), l. 49. de re jud. [die hier vorkommenden von Seiten der Kritik vielfach angefochtenen Worte: et indubitati juris est, ad similitudinem viri et patroni eum detrahendum geben den einfachen Sinn: er ist nach Analogie des Ehemanns und des Patrons zu beurtheilen; s. auch Glück XXVII. S. 370 fgg.]. Ueber l. 2. quod cum eo:

„Sed an hic detrahi debeat, quod aliis debetur, tractari potest. Et si quidem sint creditores, qui, quum esset alienae potestatis, cum eo contraxerunt, recte dicetur, occupantis meliorem esse conditionem, nisi si quis privilegarius veniat; hujus enim non sine ratione prioris ratio habebitur. Quodsi qui sint, qui, posteaquam sui juris factus est, cum eo contraxerunt, puto horum rationem habendam",

vgl. Glück XIV. S. 295 fgg. — Dietzel, das SC. Macedon. S. 13 fgg.

10) Soldaten haben eine exc. competentiae gegen alle Forderungen, l. 6. pr., l. 18. de re judic.

11) Endlich kann auch noch die Einrede der Kompetenz durch Vertrag begründet werden, l. 49. de pact. (2, 14).

Außer diesen wirklich begründeten Fällen zählt man aber auch noch oft mehrere andre auf, und so giebt man namentlich die exc. comp. nicht selten:

a) den Geschwistern wegen l. 63. pro soc.: quum societas quodammodo jus fraternitatis in se habeat; vgl. schon das Schol. ad Basil. XII. 1. 60. bei *Heimb.* I. p. 767. („itaque ex hoc loco observa, etiam fratrem fratri,

in quantum facere possit, condemnari*). In der That kann aber nur eine sehr laxe Interpretation (m. s. jedoch auch Thibaut, log. Ausl. S. 63 fgg.) in jenem Ulpianischen Räsonnement einen genügenden Grund für die Annahme eines solchen jus singulare finden, wie auch die neuere Theorie immer mehr anerkennt, vgl. Göschen §. 413. Nro. 4, Puchta §. 245, Wening, Lehrbuch. 5te Aufl. Bd. II. S. 42, Fritz, Erl. S. 117 fgg., Unterh. S. 385. Not. w., Sintenis, Zivilr. S. 165. Note 66.

b) Sehr oft wird auch noch h. z. T. dem *filiusfamilias* allgemein in Betreff des Pekulium kastrense die exc. comp. zugestanden, und zwar wegen l. 7. de castr. pec. (49, 17), deren wahrer Sinn jedoch nur folgender ist: „die Klage auf Rückgabe der Dos kann auch gegen einen Filiusfamilias, welcher ein peculium castrense hat, mit Effekt angestellt werden, weil der richtigern Meinung nach das kastrensische Pekulium auch für andre als kastrensische Schulden haftet. Nur versteht es sich, daß der Filiusfamilias nur in quantum facere potest verurtheilt werden kann, weil er ja als Ehemann überhaupt dieses Vorrecht hat". — Wenn man sich für jene Meinung ferner auch noch auf l. 4. C. de execut. rei judic. (7, 53) beruft, so übersieht man, daß hier von einem wirklich noch in Diensten stehenden Soldaten die Rede ist, dem allerdings die exc. compet. zusteht.

c) Manche, z. B. auch noch Mühlenbruch §. 154 (vgl. auch §. 170. Note 8) geben auch denen die exc. competentiae, welche zu der s. g. ejuratio bonae copiae gelassen würden. Aber aus der ziemlich dunkeln Nov. 135. kann diese Kompetenz-Wohlthat gewiß nicht abgeleitet werden, und zwar um so weniger, da diese Novelle nicht glossirt ist.

d) Wenn namentlich viele ältere Juristen nach einer angeblichen Analogie der Soldaten das benef. comp. auch noch Adlichen, Geistlichen (wofür man sich wohl auch noch auf C. 3. X. de solut. (3, 23) berief), Doktoren des Rechts, oder auch wohl allen Doktoren und Advokaten (der s. g. militia spiritualis et togata!) zugestanden, so ist dies offenbar verkehrt, und ebenso hat es auch schlechterdings keinen gesetzlichen Grund, wenn man diese Einrede allen durch den Krieg verarmten Schuldnern einräumen will.

e) Endlich nimmt auch noch eine sehr festgewurzelte Praxis ein s. g. beneficium comp. *ex jure tertii* an. Wenn nämlich Jemand einen Andren alimentirt, so soll derselbe, und in seinem Namen auch der Schuldner selbst verlangen dürfen, daß diesem das zum Zweck der Alimente Verabreichte von den Kreditoren nicht entzogen werde, und aus diesem Grunde räumt z. B. *Hellfeld*, diss. cit. §. 14 sqq. ein benef. comp. ein: den Regenten und appanagirten Prinzen, den Städten, den Vasallen, dem Vater ex jure seiner Kinder, dem Ehemann ex jure seiner Ehefrau, den öffentlichen Beamten, den Geistlichen und dem Schuldner, dem aus Barmherzigkeit, oder damit er nicht zur Schande der Familie darbe, Alimente ausgeworfen sind. — Man muß sich aber auf das Ernstlichste gegen die Annahme eines solchen Benefiziums erklären. Ist nämlich der Dritte pure zu solchen Prästationen, wenn auch auf den Grund der Schenkung, verpflichtet, so kann sein bloses Interesse zu einer so singulären Intervention nicht berechtigen; sondern das Geleistete fällt dann stets unbeschränkt in das

Vermögen des Schuldners, und kann also auch von den Gläubigern angegriffen werden. Hat er aber nur sub modo geschenkt, oder hat er etwa Resolutiv-Bedingungen beigefügt, so treten die allgemeinen Grundsätze über Modus oder Resolutiv-Bedingung ein, und von einem Benefizium Kompetentiä kann dann gar keine Rede sein; s. auch Puchta §. 245 gegen E., Mühlenbruch §. 154. bei Note 18, Schweppe, Hdb. III. S. 60 fgg., Wening. 5te Aufl. II. S. 40, Unterholzner S. 385, Rudorff, Grundr. S. 238, Sintenis, Zivilrecht S. 166. Note 70.

Abschnitt V.

Von der in integrum restitutio.

I. Von der in integrum restitutio im Allgemeinen.

Dig. IV. 1—7; Cod. II. 20—55. — Variorum ICtorum tractatus de restitutione in integrum IV. tom. Frncft. 1596. fol., *Donelli*, comm. jur. civ. XXI. c. 4—14.; *Dompierre de Jonquierres*, specimen de restitutione in integr. Lugd. Bat. 1767, Glück V. S. 392 fgg., VI. S. 1 fgg., (dazu v. Reinhardt, Ergänzungen zu Glück Bd. II. S. 81 fgg.), besonders Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Gött. 1831, (dazu Blume in der G. G. A. 1831. S. 1769 fgg.); v. Schröter, über Wesen und Umfang der in integrum restitutio, in der Gießer Zeitschrift VI. S. 91 fgg.; Schneider, die allgemein subsidiären Klagen S. 216 fgg.; Savigny, System VII. S. 90 fgg.; Steinberger in Weiske's Rechtsl. IX. S. 289 fgg.; *Staedtler*, de la restitution en droit Prètorien. Brux. 1861. — Zimmern III. §. 101 fgg.; Puchta, Kurs. der Institutionen II. §. 177. 209; Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 36; Wächter, Hdb. II. S. 834 fgg.

A. Begriff. §. 175.

Anm. Einer der schwierigeren Punkte in der Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist die genaue Feststellung des Begriffs und die

Abgrenzung derselben von andren ähnlichen Rechtsverhältnissen. Burchardi a. a. O. §. 1. 3. geht davon aus, daß eine restit. in integr. im weitern Sinne da vorhanden sei, „wo rechtliche Verhältnisse, die auf eine an sich rechtsbeständige Weise begründet worden sind, blos darum wieder aufgehoben werden, weil sie, obgleich dem strengen Rechte gemäß, doch im konkreten Falle den Forderungen der Billigkeit widersprechen". Eine solche auf Billigkeitsgründen beruhende Wiederherstellung eines früheren Rechtszustands gründe sich nun theils auf das Zivil=, theils auf das Prätorische Recht, und sie könne bald als Recht in Anspruch genommen werden, bald ipso jure eintreten, bald nur als Gnade bewilligt werden. Das Charakteristische der per eminentiam s. g. in integrum restitutio sei nun aber, daß sie auf dem Prätorischen Rechte beruhe, und nur als Gnadenbezeugung von dem Magistrat bewilligt, nicht als Recht in Anspuch genommen werden könne. Daß jedoch dieses letztre Merkmal, welches konsequent durchgeführt, allerdings folgenreich sein würde, völlig ungegründet ist, hat Schröter a. a. O. S. 169 überzeugend nachgewiesen, vgl. auch Puchta, Lehrbuch §. 100. Note c, Sintenis, Zivilr. §. 36. Note 2, Savigny S. 116 fgg., Steinberger S. 290 fgg., *Staedtler* cit. p. 5 sqq. und man muß vielmehr zur schärferen Feststellung des Begriffs von folgenden Sätzen ausgehen:

1) Die wahre in integrum restitutio erscheint durchaus als ein Mittel der Ausgleichung zwischen Recht und Billigkeit, und es werden also rechtlich begründete Verhältnisse vorausgesetzt, welche darum wieder aufgehoben werden, weil dies im konkreten Falle den Forderungen der aequitas entspricht. Wenn also Paziszenten von einem Vertrage vermöge gegenseitiger Verabredung wieder abgehen, oder wenn einer der Kontrahenten von einer zugefügten lex commissoria oder addictio in diem und dgl. Gebrauch macht, oder wenn actiones rei persecutoriae ex delicto oder interdicta restitutoria angestellt werden, so kann zwar in allen diesen Fällen eine restitutio in integrum im vulgären Sinn des Worts eintreten; aber die wahre technisch s. g. in integrum restitutio ist überall nicht vorhanden, weil es an dem erwähnten charakteristischen Merkmal fehlt.

2) Alle eigentliche in integr. rest. ist prätorisch, und wahre selbstständige restitutiones *civiles* giebt es nicht. Freilich hat das spätere Zivilrecht mehrfach den prätorischen Stoff bei der in integr. rest. fortgebildet, aber diese später an den einzelnen Orten zu nennenden Fortbildungen können nicht als eigne restitutiones betrachtet werden. Wenn man sich aber doch für die Existenz von solchen insbesondre auf l. 2. C. de resc. vend. (4, 44) und l. 6. C. de repud. hered. (6, 31) beruft, so kann dies freilich nicht gebilligt werden, denn in der ersten Stelle wird offenbar nur eine Kontraktsklage ad rescindendam venditionem gegeben, und in der zweiten Konstitution ist das von Justinian hier eingeführte neue Recht geradezu in Gegensatz mit der in integr. rest. gestellt, und besteht auch nur einfach darin, daß der suus durch einseitige Willenserklärung sich wieder zu der, durch seine vorgängige Abstention eigentlich für ihn verloren gegangenen, Erbschaft hinziehen kann.

3) Die Wiederherstellung des früheren Rechts oder Zustands muß durch unmittelbares Einschreiten von Seiten des Magistrats geschehen. Ueber das Verfahren wird unten näher zu sprechen sein, und hier ist nur so viel zu be=

merken, daß sich durch dieses charakteristische Merkmal die wahre in integr. rest. eben so sehr von denjenigen Fällen unterscheidet, in denen das frühere Rechtsverhältniß ipso jure wieder hergestellt wird, wie z. B. von dem postliminium, als auch von denjenigen, in denen eine wahre gewöhnliche actio zu jenem Zwecke Statt findet. Daraus beweist sich denn auch der, bei den einzelnen hier einschlagenden Restitutionsgründen näher auszuführende, früher freilich allgemein und auch h. z. T. noch oft geläugnete (vgl. z. B. Mühlenbruch §. 158. Not. 5, Schilling, Instit. II. S. 419. Not. h.) Satz, daß die actio quod met. causa, actio doli, actio in factum judicii mutandi causa und actio in factum bei doloser Veräußerung des Schuldners, von der eigentlichen in integr. rest. streng zu scheiden sind; vgl. bes. Schröter in der angef. Abh., Schneider a. a. O.; s. auch Bickell in der Zeitschr. für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen, Heft I. (1836), S. 121 fgg., Sintenis S. 362. Note 6, Savigny S. 98 fgg., Böcking, Institt. I. S. 592, Pand. I. S. 526, Arndts Lehrb. §. 117. Anm. 3, Wächter S. 835.

Die in integr. rest. ist also die auf den Grund des prätorischen Edikts durch unmittelbares Einschreiten des Magistrats herbeigeführte Wiederherstellung eines den Rechtprinzipien nach verlorenen Rechts oder Zustands zu dem Zwecke, um das strenge Recht mit der aequitas auszugleichen.

A. Voraussetzungen

1) hinsichtlich des Gegenstands.

a) Vorhandensein einer Läsion. §. 176.

Burchardi §. 6—8, Savigny §. 318. 319.

Anm. Vor allen Dingen ist zu jeder in integr. rest. eine wirkliche Läsion erforderlich, mag dieselbe übrigens in einem positiven Schaden oder in einem lucrum cessans bestehen, l. 7. §. 6. de minorib. (4, 4), l. 27. ex quib. caus. maj. (4, 6), Burchardi S. 60 fgg., Savigny S. 121 fgg., mag dieselbe gerade das Vermögen betreffen, oder mögen dadurch anderweite Interessen verletzt werden, l. 3. §. 6, l. 6, l. 34. §. 1, l. 35. de minorib., l. 41. de recept. (4, 8), l. 2. C. si adv. rem. judic. (2, 27), l. 8. C. quando appell. non sit. necess. (7, 64). Die herrschende Meinung geht aber ferner noch dahin, daß die Läsion auch nicht ganz unbedeutend sein dürfe. Doch ist dies schon von manchen Aeltern, und unter den Neuern auch wieder von Burchardi S. 82 fgg. als Regel geleugnet worden, indem es vielmehr nur in einzelnen, im Gesetz besonders hervorgehobenen Ausnahmsfällen auf den Betrag der Läsion ankomme. Allerdings giebt es nun auch kein Gesetz, in welchem allgemein für jede Restitution eine bedeutende Läsion erfordert würde. Bedenkt man aber die Analogie der actio de dolo, l. 9. §. 5, l. 10. 11. pr. de dolo (4, 3), und der actio redhibitoria, l. 54. de contr. emt. (18, 1), l. 1. §. 8, l. 4. §. 6, l. 10. §. 2, l. 11, l. 48.

§. 8. de aedil. ed. (21, 1), und daß es ganz in der Natur der Dinge liegt, nicht um jeder Kleinigkeit willen Abweichungen vom geltenden Rechte zuzulassen; berücksichtigt man ferner den bekannten Satz: minima non curat praetor, und vorzüglich, daß in den einzelnen Fällen, in denen eine bedeutende Läsion erfordert wird, dies durchaus nicht als eine Singularität angeführt wird, l. 9. §. 1, l. 49. de minorib., l. 1. C. si adv. donat. (2, 30), l. 1. C. si adv. fiscum. (2, 37): so muß man doch wohl der herrschenden Lehre beistimmen. Daß in einigen Fällen ein sehr bedeutender Schaden verlangt wird, ist freilich eine Singularität, und wird als solche in den Gesetzen bemerkt, nämlich wenn vom Schuldner Restitution gegen den schon geschehenen Verkauf eines Pfandes gesucht wird, l. 9. pr. de minor., l. 1. C. si advers. vendit. pign. (2, 29), l. 3. C. si adv. fisc. und wenn ein Volljähriger gegen die Antretung einer damnosa hereditas restituirt zu werden verlangt, *Gai.* II. 163. §. 5. 6. J. de hered. qualit. (2, 19). Wie aber daraus, daß dieses als singulär in den Gesetzen angedeutet wird, von Burchardi gefolgert werden kann, daß es als Regel auf den Betrag der Läsion nicht ankomme, ist schwer einzusehen. Uebrigens hat Burchardi selbst mit Recht bemerkt, daß man sich für seine Meinung nicht auf die gewöhnlich dafür angeführte l. 4. de integr. rest. (4, 1) berufen dürfte, denn Kallistratus will offenbar nur sagen: die Verletzung, um deren Willen man Restitution nachsuche, dürfe nicht um vieles kleiner sein, als der Schaden, der durch die Restitution dem Gegner erwachsen würde. Ueber die Frage, ob jene Verletzung an sich unbedeutend sein dürfe, wird also gar nicht entschieden; vgl. auch Mühlenbruch, Lehrb. §. 159. Note 1, Sintenis, Zivilr. §. 36. Note 42, Puchta, Vorles. I. §. 101, Steinberger S. 297 fgg., *Staedtler* p. 10 sqq.

b) Vorhandensein einer justa causa. §. 177.

Ulp. l. 1. de integr. rest.: Utilitas hujus tituli non eget commendatione; ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapsis, vel circumscriptis subvenit: sive *metu*, sive *calliditate*, sive *aetate*, sive *absentia* inciderunt in captionem, [*Paul.* l. 2. eod.]: sive per *status mutationem*, aut *justum errorem*. Vgl. *Paul.* R. S. l. 7. 2: Integri restitutionem praetor tribuit ex his causis, quae per *metum*, *dolum*, et *status permutationem* et *justum errorem* et *absentiam necessariam* et *infirmitatem aetatis* gesta esse dicuntur.

Anm. Ulpian und Paulus führen in den abgedruckten Stellen sechs Restitutionsgründe an, und gewiß müssen wir auch dabei stehen bleiben, wenn man nur der absentia die durch die generalis clausula gleichgestellten anderweiten äußern Hindernisse anreiht. Doch aber will v. Schröter in der angeführten Abhandlung eine wahre in integr. rest. auch noch in andren Fällen annehmen, und zwar:

1) bei dem SC. Vellejanum. Sei nämlich der Schuldner durch die privative Interzession einer Frau liberirt worden, und diese berufe sich später auf das SCtum, so ertheile der Prätor dem Kreditor gegen die Liberation seines ursprünglichen Schuldners in integr. rest., die darin bestehe, daß er die Interzession causa cognita vermittelst Dekrets reszindire, und zugleich dem Gläubiger die durch jene aufgehobene Klage gegen den Hauptschuldner von Neuem zusichere, Schröter S. 442 fgg. In den von Schröter hierfür angeführten Gesetzen, l. 12. de minor. (4, 4); l. 8. §. 7—14, l. 13. §. 2, l. 14, l. 16. §. 1, l. 32. §. 5. ad SC. Vellej. (16, 1), l. 8, l. 16. C. ad SC. Vellej. (4, 29) ist aber weder von einer causae cognitio, noch von einem Dekret des Prätors die Rede, sondern es wird da nur eine actio restitutoria oder rescissoria angeführt, und es heißt da blos: rescissa intercessione in dominum restituenda actio est, woraus doch gewiß nicht auf eine eigentliche in integr. restit. zu schließen ist. Vielmehr spricht dagegen, daß Paulus und Ulpian bei der allgemeinen Aufführung der Restit. Gründe davon schweigen, daß diese actio restitutoria *perpetua* ist, l. 10. ad SC. Vellej., daß sie keineswegs nur subsidiär zusteht, wie dies doch bei eigentlicher in integr. rest. allerdings der Fall sein müßte, l. 8. §. 13. eod. und daß die Restitution der Klage aus dem SCtum als auf dem jus commune beruhend angeführt wird, l. 12. de minorib., s. auch Schneider S. 247 fgg.

2) Schröter S. 127. 131. nimmt auch eine besondre in integr. rest. wegen verhinderten Erscheinens vor Gericht an; dieselbe schließe sich an die Bestimmung des Edikts: de eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat. (Dig. II. 10), so daß mit der aus diesem Edikt hervorgehenden actio in factum auf Schadenersatz die in integr. rest. elektiv konkurrire. Die hierfür angeführten Gesetze beweisen aber die Existenz einer solchen besondren Restit. nicht, denn in l. 7. pr. de integr. rest. und in l. 3. §. 1. de eo per quem factum erit ist gewiß nur von der in integr. rest. propter absentiam die Rede, sofern man nur den weitern juristischen Begriff dieser causa nicht aus den Augen verliert, und in l. 7. §. 1. de in integr. rest. ist nur eine Anwendung von der restitutio propter dolum enthalten; s. auch Schneider S. 263 fgg.

3) Endlich statuirt von Schröter S. 131 fgg. auch eine eigne in integr. rest. wegen Veräußerungen in fraudem creditorum. In den auf uns gekommenen Bestimmungen des Prätor. Edikts über dergl. Veräußerungen kommt sicher keine in integr. rest. vor, denn: a) in l. 1. quae in fraud. creditor. facta sunt (42. 8) ist nur die Zusicherung der *actio Pauliana* enthalten. Dies ist aber, wenn man nur den obigen Begriff von restitutio festhält, keine in integr. restit., sondern nur eine gewöhnliche actio in personam, die auf Wiederherstellung des früheren Zustands und resp. auf Schadenersatz geht, und bei der alles Charakteristische der eigentlichen Restitution fehlt. Für das Gegentheil kann man sich auch nicht auf l. 10. §. 22. eod. berufen, denn Ulpian sagt hier nur, daß vermittelst dieser Klage Alles wieder in den vorigen Zustand versetzt werden müsse, Sachen wie Obligationen, aber keineswegs behauptet er, daß die Gewährung dieser actio eine in integr. rest. sei. — b) Eine zweite Stelle, nämlich l. 10. eod., enthält ohne Zweifel nur die formula für das *interd. fraudatorium,* in dessen Ertheilung natürlich eben so wenig, wie bei der actio Paul. eine

wahre Restitution gefunden werden kann. Endlich wird noch c) in dem in l. 25. de reb. auctor. jud. poss. (42, 5) enthaltenen Edikt ganz allgemein eine exceptio gegen diejenigen eingeräumt, gegen welche auch die Klage und das Interdikt gegeben ist. Es ist dies wieder nur eine selbstständige exceptio und keine in integr. restitutio. — So viel scheint hiernach ausgemacht, und auch Schröter a. a. O. erkennt dies an, daß das Prätorische Edikt selbst keine wahre in integr. rest. gegen solche betrügliche Veräußerungen kennt, und da nun auch in den Stellen von Ulpian und Paulus, in denen die causae restitutionis an einander gereiht sind, ein solcher Grund nicht erwähnt wird, so ist gewiß die Nichteristenz eines solchen sehr wahrscheinlich. Schwierigkeit macht hier jedoch §. 6. J. de actionib. (4, 6), denn dort „permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione eam rem petere, i. e. dicere, eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse". Daß hier eine wirkliche in integr. rest. vorliegt, darf nicht bezweifelt werden (s. jedoch auch Sintenis, Zivilr. I. S. 257. Note 12), und gerade dadurch läßt sich denn auch Schröter a. a. O. bestimmen, die betrügliche Veräußerung als eignen Restitutionsgrund hinzustellen. Obwohl diese Restit. eben so wie die actio Pauliana nur gegen den gerichtet sei, welcher wissentlich die Sache von dem Schuldner erworben habe, so sei sie doch nicht ohne praktisches Interesse, da sie gegen diesen Erwerber die Vortheile einer dinglichen Klage gewähre, und werde also etwa derselbe insolvend, so erhielten die Gläubiger durch diese Restitution die Rolle von Vindikanten, während sie, wenn sie allein die Paulianische Klage hätten, nur als chirographarii aufzutreten berechtigt wären. — Doch aber darf wohl jene Institutionen-Stelle nicht zur Begründung einer eignen causa restitutionis gebraucht werden, sondern man muß darin gewiß nur eine einzelne Anwendung der restitutio *propter dolum* finden, vgl. auch Schneider a. a. O. S. 271 fgg.

Es bleiben uns also blos jene sechs, von Ulpian und Paulus angeführten Restitutionsgründe übrig; über das Einzelne vgl. unten §. 183 fgg.

c) Beschränkungen der Restitution. §. 178.

Cod. II. 27. si adversus rem judicatam restitutio postuletur, II. 28. si adversus venditionem; II. 29. si advers. vendit. pignorum; II. 30. si adv. donationem; II. 31. si adv. libertatem; II. 32. si adv. transact. vel divisionem; II. 33. si adv. solutionem a tutore vel a se factam; II. 34. si adv. dotem; II. 35. si adv. delictum; II. 36. si adv. usucapionem; II. 37. si adv. fiscum; II. 38. si adv. creditorem; II. 39. si minor ab hered. se abstineat; II. 40. si ut omissam hereditatem vel bonor. possess. vel quid aliud adquirat.

1) *Paul.* l. 16. ex quib. caus. majores (4, 6): Non negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. Totumque illud arbitrio praetoris temperabitur, id est, ut ita demum

restituat, si non negligentia, sed temporis angustia non potuerunt litem contestari. (Cf. l. 205. de R. J.: Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire).

2) *Ulp.* l. 11. §. 4. 5. de minorib.: Item non restituetur, qui sobrie rem suam administrans, occasione damni non inconsulte accidentis, sed fato, velit restitui; nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas, et ita et Pompon. libr. XXVIII. scripsit. Unde Marcellus apud Julianum notat, si minor sibi servum necessarium comparaverit, mox decesserit, non debere eum restitui; neque enim captus est emendo sibi rem pernecessariam licet mortalem. §. 5. Si locupleti heres extitit et subito hereditas lapsa sit, puta praedia fuerunt, quae chasmate perierunt, insulae exustae sunt, servi fugerunt aut decesserunt, Julianus quidem libr. XLVI. sic loquitur, quasi possit minor in integr. restitui. Marcellus autem apud Julianum notat, cessare in integr. restitutionem, neque enim aetatis lubrico captus est adeundo locupletem hereditatem, et quod fato contingit, cuivis patrifamilias quamvis diligentissimo possit contingere. Sed haec res adferre potest restitutionem minori, si adiit hereditatem, in qua res erant multae mortales vel praedia urbana, aes autem alienum grave: quod non prospexit posse evenire, ut demoriantur mancipia, praedia ruant, vel quod non cito distraxerit haec, quae multis casibus obnoxia sunt.

3) *Idem* l. 16. pr. de minorib.: In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integr. restitutionem. Nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.

Anm. 1. Unter manchen in der Natur der Sache liegenden Beschränkungen der Restitution (T. 1. 2, vgl. auch noch l. 11. §. 2. de minorib.) ist auch noch besonders der von Francke, Beiträge S. 67. und Steinberger S. 301. gewiß mit Unrecht geläugnete Satz hervorzuheben, daß die in integr. rest. zu den allgemein subsidiären Rechtsmitteln gehöre, T. 3, vgl. oben §. 153. Anm. 2. Doch leidet diese Subsidiarität der Restitution, über deren Gründe man noch Schneider S. 224 fgg. vergleiche, einige Ausnahmen, indem dieselbe nämlich:

1) elektiv konkurrirt mit der actio und excepto quod metus, l. 9. §. 3. 4, l. 21. §. 6. quod met. c. (4, 2), l. 3. C. de his quae vi (2, 20) und eben so auch

2) mit der actio tutelae, l. 47. §. 1. de minorib., l. 25, l. 39. §. 13. de adm. et peric. tut. (26, 7), es müßte denn das den Minderjährigen lädirende

Geschäft mit richterlicher Zustimmung geschlossen sein, in welchem Falle nur die actio tutelae Statt findet, l. 7. §. 2. de minor., l. 26. C. de adm. tut. vel curat. (5, 37). — Eben so wird

3) das Verhältniß der in integr. rest. zur actio doli sogar so hingestellt, daß man sie, wo es nur immer angehe, dieser Klage vorziehen solle, l. 7. §. 1. de in integr. rest. (4, 1), l. 1. §. 6. l. 39. de dolo. Endlich muß man auch

4) zugestehen, daß die in integr. rest. durch spätere Konstitutionen der Kaiser auch auf bonae fidei Kontrakte in der Art ausgedehnt wurde, daß wegen dolus des einen Kontrahenten nicht nothwendig die Kontraktsklage angestellt werden muß, vgl. l. 3. C. quib. in caus. majores (2, 54), l. 5. C. de resc. vend. (4, 44), und bes. l. 10. C. eod., Burchardi S. 361 fgg., Schröter S. 121. Wenn Schneider S. 245 fgg., und Ruhstrat in Gießer Zeitschrift. N. F. IV. S. 260 fgg. dies leugnen und jene Stellen doch nur von Kontraktsklagen verstehen wollen, vgl. auch Savigny S. 106. S. 115 fgg. und *Staedtler* p. 16 sqq., so ist dies namentlich in Betreff der zuletzt angef. Konstitution gewiß unzulässig.

Weiter aber darf man die Ausnahmen von dem subsidiären Charakter der Restitution gewiß nicht ausdehnen, und namentlich muß man sich gegen eine sehr verbreitete, und namentlich auch wieder von Burchardi S. 102 fgg. vertheidigte Annahme erklären, daß die Restitution auch elektiv mit allen restitutorischen Klagen, wie z. B. mit den condictiones ex causa konkurrire. Es stützt sich diese Meinung auf l. 16. §. 2. de minor.: Pomponius quoque refert libr. XXVIII., cum quidam heres rogatus esset, fratris filiae complures res dare ea conditione, ut si sine liberis decessisset, restitueret eas heredi, et haec, defuncto herede, heredi ejus cavisset, se restituturam: Aristonem putasse in integrum restituendam. Sed et illud Pomponius adjicit, quod potuit incerti condici haec cautio etiam a majore, non enim ipso jure sed per condictionem munita (Flor.: munitus) est. Man nimmt hier nämlich gewöhnlich die Worte: Sed et illud Pomp. adjicit. rel. als eine Ampliation der vorhergehenden, und die Worte: non enim ipso jure sed per condictionem munita est faßt man dann als einen Grund für die Behauptung auf, daß hier eine elektive Konkurrenz zwischen der restitutio und der condictio Statt finde, vgl. auch Basil. X. 4. 16. Es ist dies aber gewiß irrig und die Worte: sed et illud drücken vielmehr einen Tadel des Vorhergehenden aus, und die Worte: non enim ipso jure rel. beziehen sich nur auf die unmittelbar vorhergehenden etiam a majore, so daß der Sinn des ganzen letzten Satzes einfach der ist: Pomponius fügt aber auch hinzu, daß hier vielmehr selbst von einer großjährigen Legatarin die condictio incerti gebraucht werden könne, denn hier trete gar kein besondres Recht für das minderjährige Alter, sondern das commune auxilium der Kondiktion ein, Schneider S. 233 fgg., *Staedtler* p. 17 sqq.

Anm. 2. Noch giebt es mehrere singuläre Beschränkungen der Restitution, die hier einzeln aufzuzählen sind, vgl. bes. Burchardi §. 10.

1) Deszendenten können gegen die Aszendenten, und Freigelassene gegen ihre Patrone keine Restitution gebrauchen, l. 2. C. qui et adv.' quos (2, 42. Dies leidet jedoch dann eine Ausnahme, wenn sich filiifamilias gerade dagegen, daß

sie filiifamilias geworden, wie z. B. durch Adoption, oder dagegen, daß sie durch richterliches Urtheil als filiifamilias anerkannt sind, restituiren lassen wollen, l. 3. §. 6. de minor., l. 6. §. 1. de bon. poss. (37, 1), l. 9. pr. C. Th. de bon. damnat. (9, 42) — l. 2. C. si adv. rem. judic. (2, 27), Burchardi S. 121 fgg. Außerdem kömmt auch noch eine von Burchardi übersehene Ausnahme vor, indem sich das Kind gegen die Ausschlagung einer Erbschaft, welche dann der Vater für sich angetreten hat, restituiren lassen kann, l. 8. §. 1. C. de bonis quae liberis (6, 61). (Wenn Puchta §. 107. not. d. und Savigny S. 225 fgg. materiell hiermit übereinstimmen, aber den beiden hier angedeuteten Entscheidungen den Charakter von Ausnahmen absprechen, so ist dies im Grunde nur ein Wortstreit, wobei aber doch das Recht auf unsrer Seite sein dürfte). Eine dritte, von Justinian eingeführte Ausnahme für den Fall, wenn Eltern die Vormundschaft über ihre Kinder führen, kann praktisch darum nicht gelten, weil das einführende Gesetz, nämlich Nov. 155, nicht glossirt ist, obwohl Viele und namentlich auch Burchardi S. 122 fgg. dies ignoriren, vgl. auch Savigny S. 227.

2) Die einmal gesuchte Restitution kann, wenn darüber wirklich entschieden ist, aus denselben Gründen nicht zum zweiten Mal gesucht werden, mag die erste abgeschlagen oder bewilligt gewesen sein, *Paul.* l. 7. §. 3, l. 1. 2. 3. C. si saepius in integr. rest. post. (2, 44). Doch kann, wenn die Appellation gegen ein die Restitution abschlagendes Erkenntniß versäumt ist, gegen diese Versäumniß Restitution ertheilt werden, cap. 10. X. de integr. rest. (1, 41), und Restitution gegen ertheilte Restitution kann immer vorkommen, l. 7. §. 9. de minor.

3) Die Restitution fällt auch dann hinweg, wenn der durch dieselbe zu beseitigende Schaden viel geringer ist, als der dem Gegner dadurch herbeigeführte Nachtheil, l. 4. de int. rest. (4, 1) (s. oben §. 176. Anm. g. E.), l. 24. §. 2. de minor., l. 6. C. de repud. hered. (6, 31), womit auch der Satz zusammen hängt, daß die Rest. unzulässig ist, wenn man ein lucrum cessans mit dem damnum emergens eines Andren wieder erlangen will, l. 18. 22. §. 1. ex quib. caus. major. (4, 6), l. 17. §. 3. de usur. (22, 1), l. 25. de adm. et per. tut. (25, 7).

4) Verzicht auf die Restit., nachdem das Verhältniß oder der Umstand, worin die justa causa restitutionis liegt, aufgehört hat, macht dieselbe schon nach dem allgemeinen Grundsatze: beneficia nemini obtruduntur, auch wirklich unzulässig, sofern man nicht Grund hat, sich gegen den Verzicht selbst wieder restituiren zu lassen, l. 3. §. 1. 2, l. 20. §. 1, l. 21, l. 30. de minor., l. 1. 2. C. si major. fact. rat. hab. (2, 46); Savigny S. 239 fgg.

5) Restit. findet auch dann nicht Statt, wenn der Verletzte selbst in dolo versirt, l. 9. §. 2. 5. de minorib., l. 26. §. 6. ex quib. caus. major., l. 2. §. 3. ad SC. Vellej. (16, 1), l. 1. 2. 3. C. si minor. se major. dixerit (2, 43).

6) Auch gegen Straferkenntnisse findet keine Restit. Statt, l. 1. §. 9. 10. de postul. (3, 1), l. 37. §. 1. de minor. (4, 4), l. 45. §. 1. de re judic. (42, 1), l. 27. pr. de poen. (48, 19), und daraus erklärt sich wohl auch am Besten l. 9. . 4. de minorib., s. Burchardi S. 129 fgg.

7) Restit. fällt auch gegen den Verlust von Pönalklagen hinweg, l. 37. pr. §. 1. de minor., l. 18. ex quib. caus. major., l. 7. §. 1. de injur. (47, 10).

8) Gegen den Verlust dilatorischer Einreden wegen verspäteter Vorschützung soll keine Restit. Statt finden, l. 12. C. de except. (8, 36) vgl. mit *Gai.* IV. 125.

9) Der, welcher einen Eid deferirte, kann, wenn nachher in Folge des abgeschworenen Eides ein Urtheil gefällt wurde, dagegen wegen entdeckter Urkunden keine Restit. begehren, obwohl sich dies anders verhält, wenn der Eid vom Richter aufgelegt war, l. 31. de jurej. (12, 2).

10) Restit. findet auch nicht Statt, wenn der Fiskus Sachen seiner Schuldner in öffentlicher Auktion veräußert hat, l. 5. C. de fide et jur. hast. fisc. (10, 3), und eben so kann auch

11) nach den auch von Protestanten angenommenen Prinzipien des kanonischen Rechts von Restit. gegen eine giltig abgeschlossene Ehe keine Rede sein, was aber nicht auch auf Sponsalien anzuwenden ist. *Böhmer,* de rest. i. i. contra sponsalia minor., in exercit. ad Pand. II. no. 34. Burchardi S. 143 fgg., Savigny S. 142 fgg.

12) Nach einer sehr gewöhnlichen Behauptung (vgl. z. B. Unterholzner, Verj. §. 136. 137, Savigny III. S. 421 fgg., Puchta § 107. Not. g., Sintenis I. S. 305 fgg., S. 386. Not. 99, Arndts §. 125, Wächter S. 839, Steinberger S. 300, *Staedtler* p. 23 fg. u. a. A. m.) soll auch keine Restit. gegen die praescr. XXX. et XL. annor. Statt finden. Das beachtenswerthe Fundament jener Meinung sind die Worte von Theodos in l. 3. C. de praescr. XXX. annor. (7, 39): non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat huic eximenda sanctioni. Freilich ist auch die Auffassung möglich, Theodos habe mit jenen Worten nicht die Restitution ausschließen, sondern nur andeuten wollen, daß bei dieser neuen Klagenverjährung Abwesenheit, Kriegsdienst und andere dergl. bei den actiones temporales vorkommende Hindernisse der Verjährung nicht in Betracht kommen sollten, vgl. auch l. 5. C. in quib. caus. in integr. rest. n. e. necess. (2, 41), und Burchardi S. 135 fgg.; aber dennoch dürfte die herrschende Lehre das Meiste für sich haben, vgl. bes. Savigny a. a. O. Außerdem fällt die Restitution ex speciali legis dispositione der Regel nach hinweg, wenn die querela inofficiosi testamenti verjährt ist, indem hier nur ex *magna* et justa causa restituirt werden soll, l. 8. §. 17. de inoff. test. (5, 2); und über einige andre Verjährungsfälle, in denen ebenfalls die Restitution ausgeschlossen ist, vgl. noch l. 37. §. 1. de minor. — l. 6. C. ne de statu defunct. (7, 21) — l. 3. C. de his quae vi (2, 20), l. 4. C. si quis ignor. rem minor. (5, 73), Burchardi S. 133 fgg. Wenn meistens (vgl. z. B. noch Burchardi S. 134, Puchta §. 107. Not. h., Sintenis S. 369 bei Not. 37. u. A. m.) auch noch gelehrt wird, daß auch keine Restitution gegen den Ablauf der Restitutions-Frist Statt finde, so dürfte dies schwerlich zu billigen sein, denn in der dafür angeführten l. 20. pr. de minor. versagt Ulpian die Restitution in einem solchen Falle nicht etwa deßhalb, weil überhaupt keine Restitution zulässig sei, sondern lediglich deßhalb, weil in

dem konkreten Falle die Nichteinhaltung der Frist durch die Abwesenheit nicht gerechtfertigt war, „quum potuerit adire praetorem per procuratorem"; vgl. auch c. 1. de restit. in VI. (1, 21) und Savigny S. 258 fgg.

2) Voraussetzungen hinsichtlich der Subjekte. §. 179.

Anm. Hierbei kommen theils die Partheien, Burchardi §. 22, Savigny S. 216 fgg., *Staedtler* p. 110 fgg., theils die restituirenden Behörden, Burchardi §. 28, Savigny S. 214 fgg., *Staedtler* p. 117 fgg. in Betracht. Was insbesondere den ersten Punkt anbelangt, so ist es ganz in der Ordnung, daß das beneficium in integr. restitutionis nicht blos dem Lädirten selbst, sondern auch den Erben desselben, anderweiten Universalsuccessoren (z. B. den Universalfideikommissaren, dem Fiskus u. s. w.) und Zessionaren gebührt, l. 6. de in integr. rest.: Non solum minoris, verum eorum quoque omnium, qui ripublicae causa abfuerunt, item omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt, et ita saepissime est constitutum. Sive igitur heres sit, sive is, cui hereditas restituta est, sive filiifamilias militis successor, in integrum restitui poterit. — l. 24. pr. de minor., l. 25. de adm. et peric. tutor. (26, 7), l. 20. §. 1. de tutelae et rat. distr. (27, 3). Nicht Wenige aber erklären die in integr. rest. auch noch in einem andren Sinne für ein beneficium reale, indem sie nämlich ganz ähnliche Grundsätze dabei annehmen wollen, wie bei exceptiones rei cohaerentes, und demgemäß auch z. B. andren Personen, die für die Schuld interzedirten, also besonders Bürgen eben so das Recht zur in integr. rest. zugestehen, wie dem Schuldner selbst, vgl. z. B. Glück V. S. 457 fgg. und die dort Zitt. Es ist dies aber gewiß irrig, denn die in integr. rest. ist eine Art von Klage im weitern Sinne des Worts, und man sieht in der That nicht ein, wie hierbei die Analogie von Einreden entscheiden könnte. Dies ist auch in den Gesetzen nirgends geschehn, und namentlich nicht in der für die entgegengesetzte Meinung vorzüglich angeführten l. 7. §. 1. de except. (44, 1). Nachdem dort nämlich der Satz vorangestellt ist, daß rei cohaerentes exceptiones auch den Bürgen zuständen, wie z. B. die exc. rei judicatae, doli mali u. a. m., fährt Paulus fort: Idem dicitur, et si pro filiofamilias contra SCtum quis fidejusserit, aut pro minore XXV. annis circumscripto. In diesen letzten Worten wird aber offenbar nicht gesagt, daß der Bürge eines Minderjährigen einen Anspruch auf in integr. rest. habe, sondern ihr Sinn ist einfach, daß dem Bürgen auch die exceptio legis Plaetoriae zustehe. Daß Paulus nur dieses hat sagen wollen, geht namentlich noch mit Evidenz aus den folgenden Worten, die für die richtige Theorie ganz entscheidend sind, hervor, und deren Sinn der ist: wenn der Minderjährige ohne Betrug verletzt ist („si deceptus sit in re", oder, wie die Vulg. liest: si d. s. *jure;* vgl. auch Basil. Ll. 1. 8: *νομίμως*), dann muß dieser erst nothwendig Restitution erlangt haben, bevor ihm selbst oder seinem Bürgen eine Einrede gegen die Schuld zusteht, vgl. Burchardi S. 205 fgg. S. 214 fgg., v. Savigny, über die lex Plaetoria S. 11 fgg. in der

gesch. Zeitschr. X. S. 249 fgg., Syst. VII. S. 219. Not. k. Das Resultat aus dieser Stelle ist also: wahre **exceptiones** stehen allerdings, wenn sie **rei cohaerentes** sind, dem Bürgen zu, aber nicht auch die **in integr. restit.**, und ganz zu demselben Resultat führt auch namentlich **l. 95. §. 3. de solut. (46, 3)**, wo Papinian das Recht eines Bürgen, Restitution zu erlangen, durchaus nur darauf gründet, weil der Bürge in dem konkreten Falle Erbe des lädirten Schuldners geworden war. Wäre die gegnerische Ansicht richtig, so müßten konsequent auch diejenigen einen Anspruch auf die Restitution haben, welche schon gesetzlich für eine fremde Schuld einstehen müssen, wie dies z. B. bei der **actio de peculio, quod jussu** u. s. w. der Fall ist, was aber von Ulpian geradezu geläugnet ist, **l. 3. §. 4. de minorib.**, und wogegen auch nicht die **l. 27. pr. eod.** angeführt werden kann, da hier nur von dem Falle die Rede ist, wenn der Sohn selbst belangt ist, und der Vater nur als Stellvertreter des Sohnes den Prozeß führt. Vgl. überhaupt Burchardi S. 408 fgg, und s. auch Girtanner, Bürgschaft S. 521 fgg. — Ueber die Frage, gegen wen die **in integrum restitutio** erbeten werden könne? oder, wie man sich auszudrücken pflegt, ob sie **in personam** oder **in rem** wirke? vgl. Burchardi S. 416 fgg., Savigny S. 269 fgg., ***Wetzell,*** **disp. de quaestione, adversus quem in integr. rest. imploranda sit. Marb. 1850**, Zimmermann im prakt. Arch. Bd. I. H. 2. S. 89 fgg., und s. auch Puchta, Lehrb. §. 106, Vorles. **ad h. l.**, Arndts Lehrb. §. 122, ***Staedtler*** **cit. p. 113** fgg.

3) Voraussetzungen hinsichtlich der Zeit. §. 180.

Cod. II. 53. de temporibus in integrum restitutionis tam minorum et aliarum personarum, quae restitui possunt, quam heredum eorum. — Glück V. S. 432 fgg., Unterholzner, Verjährungslehre II. S. 1 fgg., Burchardi §. 27, Savigny S. 242 fgg., *Staedtler* p. 146 fgg.

Justinian. l. 7. C. h. t.: Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune; ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen, satis nobis absurdum visum est. Quod non solum in minorum restitutionibus, quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit, sed etiam in majorum hoc idem adhibere sancimus, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem finiendamque litem. §. 1. Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus; ita et

in majorum tempus, in quo reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne excipiatur, et non absimilis sit in hac parte minorum et majorum restitutio.

Anm. Wie die meisten prätorischen Rechtsmittel innerhalb eines annus utilis geltend gemacht werden mußten, so war dies auch bei der in integrum restitutio der Fall, und nur die rest. propter capitis deminutionem war eine perpetua, l. 2. §. 5. de capite minutis (4, 5). Konstantin verordnete aber, daß bei der restitutio minorum der annus utilis wegfallen, und Statt dessen ein quinquennium oder quadriennium oder triennium continuum eintreten solle, je nachdem der Minderjährige in Rom, in Italien oder in einer Provinz domizilirt sei, l. 2. C. Th. de integri rest. (2, 16). Weiter ging noch Justinian, der für die rest. minorum und majorum ohne alle Rücksicht auf den Wohnort in der abgedruckten l. ult. ein quadriennium continuum einführte. Dabei sind aber besonders folgende Streitfragen entstanden:

1) Bestritten ist schon der Umfang der Justinianischen Verordnung. Während nämlich Viele nur an die rest. majorum im technischen Sinne des Worts, also an die rest. propter absentiam denken, z. B. v. Löhr im Arch. X. S. 86 fgg., Vermehren ebendas. S. 399. Not. 5, Zimmern III. §. 107. a. E., Steinberger S. 309 fg., beziehen die meisten Neuern sie auf jede Restitution, also auch auf die wegen dolus, metus u. dgl., vgl. z. B. Glück V. S. 436 fgg., Unterholzner §. 151. Not. 525, Burchardi S. 509 fgg., Savigny S. 255 fgg., *Staedtler* p. 148 fg. In der That ist dieser Punkt sehr problematisch, denn während die Ausdrücke in §. 1. sich offenbar nur auf die rest. propter absentiam beziehen, spricht umgekehrt für die ausdehnende Erklärung der scharfe Gegensatz im princ.: quod non solum in minorum restitutionibus, sed etiam in majorum hoc idem adhiberi sancimus. Wirklich möchte dies Letztere auch entscheidend sein, da daraus Justinian's Absicht, das quadriennium für jede Restitution einzuführen, klar hervorzugehen scheint, vgl. auch Rubr. Cod. de tempor. in integr. rest. tam minorum, et *aliarum personarum* quae rel. Folgen wir aber dieser ausdehnenden Erklärung, so sind wir doch nicht berechtigt, dieses quadriennium auch bei den gewöhnlichen restitutorischen Klagen und bei der restit. propter capitis deminutionem anzunehmen, denn die erstren gehören gar nicht zur in integr. rest., und die zweite muß noch immer eine perpetua sein, da Justinian ausdrücklich sagt, daß er dieses quadriennium, *pro utili anno* einführe; a. M. ist hinsichtlich des letztren Punkts Burchardi S. 514.

2) Was den Anfangspunkt dieses quadriennium anbelangt, so verweis't Justinian auf das frühere Recht, denn es soll dieses quadriennium continuum von demselben Tage an beginnen, an welchem vorher der annus utilis zu laufen anfing („ex die, ex quo annus utilis currebat"), und demgemäß verordnete er noch speziell, daß die Verjährung bei der restitutio minorum von dem Tage an, an welchem der Lädirte in sein 26. Lebensjahr trete, und bei der restitutio propter absentiam von dem Tage der praesentia zu laufen anfangen solle.

Wenn ungeachtet dieser klaren Bestimmungen dennoch nicht Wenige annehmen, daß das quadriennium doch in keinem Falle eher beginnen könne, als bis der Lädirte von der Läsion Kenntniß erhalten habe, daß also hier ein s. g. tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus angenommen werden müsse, vgl. z. B. Glück a. a. O. S. 442 fgg., Wening §. 554, Bickell in der Zeitschr. für Kurh. I. S. 185 fgg. u. A. m.: so ist dieses gewiß völlig unhaltbar. Zwar beruft man sich für diese Ansicht darauf, daß doch auch nach früherem Rechte der annus utilis erst von dem Augenblicke an zu laufen begonnen habe, in welchem der Lädirte Kenntniß von der Läsion erhalten habe, l. 6. de calumniat. (3, 6), und daß Justinian ja ausdrücklich vorschreibe, daß das quadriennium continuum von demselben Tage anfangen solle, an welchem ehedem der annus utilis angefangen habe. Aber es ist eine völlig irrige Vorstellung, daß der annus utilis erst a momento scientiae begonnen habe; vielmehr fing derselbe sogleich von dem Augenblicke der erreichten Volljährigkeit und beziehungsweise von der erfolgten Rückkehr an, und es gehört also auch schon die Zeit, in welcher der Beschädigte die Läsion noch nicht kannte, in den Zyklus des annus utilis, nur daß diese Tage nicht angerechnet wurden, weil die postestas experiundi fehlte. Jeder denkbare Zweifel über den Sinn der Justinianischen Verordnung muß aber verschwinden, wenn man damit die oben angeführte Verordnung von Konstantin in l. 2. C. Th. de int. rest. in Verbindung bringt; hiernach soll nämlich ein lädirter Minderjähriger in Rom „usque ad anni tricesimi extremum diem", in Italien „usque ad finem anni vicessimi et noni", in den Provinzen „usque ad completum annum vicesimum et octavum" die Restitution nachsuchen können, „quo transacto tempore manifeste omnes sciant, legum sibi deinceps praesidia denegari". Daß hiernach auf Wissen oder Nichtwissen schlechterdings nichts ankommen kann, versteht sich ganz von selbst, und da nun Justinian nach seiner eignen ausdrücklichen Erklärung sein quadriennium continuum ganz an die Stelle der Konstantinischen Skala gesetzt hat, so ist seine Verordnung nur so aufzufassen, als wenn er gesagt hätte: ein Minderjähriger kann künftig nur Restitution fordern „usque ad finem anni vicesimi et noni". Vgl. auch Unterholzner §. 153, Vermehren im ziv. Arch. X. 18, Burchardi S. 517 fgg., Kritz, Rechtsfälle II. S. 10 fgg., Puchta, Lehrb. §. 105. not. e, Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 389. Not. 123, Savigny S. 248 fgg., Keil im ziv. Arch. XXXVIII. S. 385 fgg., *Staedtler* p. 152 fg. — Was die übrigen Restitutions-Gründe anbelangt (dolus, metus, error), so kann es nach dem Bisherigen nicht wohl zweifelhaft sein, daß bei ihnen das quadriennium continuum unmittelbar von der Läsion zu laufen anfangen muß. Doch kehrt auch hier derselbe Streit wieder, und nicht nur Solche, die auch bei der Minderjährigkeit und der Abwesenheit auf die Kenntniß der Läsion sehen wollen, nehmen dasselbe auch bei Dolus u. s. w. an, sondern dies geschieht selbst bisweilen von solchen, die bei Minderjährigen und Abwesenden der richtigen Theorie folgen, wie z. B. von Savigny S. 246 fgg. S. 250 fgg. Wenn Savigny zur Begründung dieser Ansicht von dem Satze ausgeht, daß auch der annus utilis des früheren Rechts immer erst zu laufen begonnen habe, wenn der die Restitution begründende abnorme Zustand des Verletzten aufgehört

habe, und daß folglich bei der restitutio propter dolum und propter errorem die Zeit der fortdauernden Täuschung und des noch nicht aufgeklärten Irrthums ganz eben so von der Verjährungs-Zeit ausgeschieden werden müßten, wie bei der restitutio minorum und absentium die Zeit der Minderjährigkeit und der Abwesenheit: so läßt sich für einen solchen Satz nicht ohne Schein Manches aus innern Gründen anführen, aber dem römischen Rechte ist derselbe gänzlich fremd. Für die Verjährung der Restitution muß man vielmehr, ganz ähnlich wie für die Verjährung der Klagen, von dem Grundsatze ausgehen, daß die Zeit von dem Momente zu laufen beginnt, in welchem die Restitution „jure competere coepit“, d. h. von dem Moment der geschehenen Läsion; eine Regel, von welcher die Gesetze nur bei der restitutio propter minorem aetatem und propter absentiam eine Ausnahme machen. Wenn dennoch früher auch bei der restitutio propter dolum und propter errorem für die Verjährung effektiv erst die Zeit nach erlangter Kunde der Läsion in Betracht kam, so hatte dies lediglich seinen Grund darin, weil die Verjährungs-Zeit ein tempus utile war, und dabei überhaupt die Zeittheile ausfallen, in denen man wegen Irrthums keine potestatem experiundi hat. Mit der Umwandlung des tempus utile in ein tempus continuum mußte dies demnach von selbst hinwegfallen, und seitdem kann also ohne große Willkür kein andrer Zeitpunkt, als der der Läsion, in welchem die Restitution nata ist, angenommen werden. Dies wird denn auch vollkommen bestätigt durch die Verordnung Konstantin's in l. 8. C. de dolo malo (2, 21), [l. 1. C. Th. eod. 2, 15], in welcher für die actio doli Statt des früheren tempus utile ein tempus continuum festgesetzt wurde, und worin als sich von selbst verstehende Folge dieser Veränderung angeführt wird, daß die Verjährung sogleich mit dem Augenblick der dolosen Läsion, und nicht erst, wie ehedem, von dem Augenblicke der erlangten Kunde anfange („non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse commemoraverit — —, sed potius ex eo die, quo asseritur commissus dolus“). Wenn sich aber Savigny S. 250 für seine Ansicht auch noch auf eine Bestimmung des kanonischen Rechts, nämlich auf c. 2. de restit. in VI. (1, 21) beruft, indem hier ausdrücklich anerkannt sei, daß bei der restitutio propter errorem nicht der Augenblick der Läsion für den Anfang der Verjährung maßgebend sei: so ist auch dieses völlig unhaltbar. Faßt man nämlich jene Dekretale unbefangen auf:

> „Si adversus confessionem in judicio a se factam laesa ecclesia beneficium restitutionis in integrum infra quadriennium, ab ipsius confessionis tempore computandum, petere negligenter omittat: non est, nisi aliquid rationabile appareat, quod aliud suaserit faciendum, ad hoc petendum ulterius admittenda. Ubi vero per viam communem revocationis erroris, quem in facto praetendit, vult adversus suam confessionem ecclesia se juvare: hoc quandocunque poterit, donec negotium sit finitum“,

so ist es klar, daß hier nicht der Gegensatz vorkommt, welchen Savigny darin finden will, ob nämlich die Kirche als solche (gleichsam propter minorem aetatem), oder ob sie *propter errorem* sich restituiren lassen will; sondern offenbar ist in der zweiten Hälfte der Stelle gar nicht von einer in integrum

restitutio die Rede, und der Gegensatz ist also vielmehr der: „wenn die Kirche das auxilium extraordinarium der in integrum restitutio imploriren will, so muß sie das quadriennium restitutionis, und zwar a momento laesionis beachten; wenn sie aber in der Lage ist, ohne in integrum restitutio, per viam communem ihr Geständniß wegen Irrthums revoziren zu können, dann ist sie natürlich an diese Zeitfrist nicht gebunden", vgl. auch *Staedtler* p. 153 fgg. — Was endlich noch die, der rest. propter minorem aetatem nachgebildete Restitution der Städte, Kirchen und Klöster anbelangt, so ist natürlich auch hierbei der Augenblick der geschehenen Läsion entscheidend, vgl. bes. Clem. un. de rest. (1, 11): „infra quadriennium continuum *a momento laesionis*", u. s. auch c. 1. und 2. de rest. in VI. (1, 21); und wenn hier dennoch Viele (unter den Neueren bes. Keil a. a. O. S. 392 fgg.) wegen des in c. 1. und 2. citt. vorkommenden Ausdrucks: „*negligenter* omiserit" annehmen, daß doch allerdings die Zeit der Unkunde ausgenommen werden müsse, weil man während derselben offenbar nicht von einer Nachläßigkeit reden könne: so ist dieses gewiß unhaltbar, da im Geiste eines Gesetzes, welches ein tempus *continuum* anordnet, Jeder als negligens angenommen werden muß, welcher den gesetzlich bestimmten Zeitraum unbenutzt vorübergehen läßt, ohne daß dabei erst noch untersucht werden darf, ob ihm dabei denn auch wirklich eine Verschuldung zur Last fällt, oder nicht, vgl. auch Savigny S. 249 fgg. und Vermehren im civ. Arch. XXXIX. S. 218 fgg. Nur, wenn ganz besondere Gründe einwirkten, wodurch die Nichtbeachtung der Restitutions-Frist gerechtfertigt wird, wie z. B. Betrug oder praevaricatio, so soll darauf billig Rücksicht genommen werden, c. 1. 2. de rest. in VI., und dieses darf wohl allerdings nicht auf die Restitution der Kirchen beschränkt, sondern muß bei allen Restitutionen in gleicher Weise angenommen werden, vgl. auch Kritz a. a. O. S. 23 fgg. und Savigny S. 261 fgg.

3) Dieses quadriennium ist aber nicht blos dazu bestimmt, daß innerhalb desselben das Restitutionsgesuch angebracht werden soll, sondern es muß vielmehr nach den ausdrücklichen Worten Justinian's der ganze Prozeß innerhalb dieser Zeit beendigt werden. Freilich ist Manchen diese Verordnung so unglaublich vorgekommen, daß sie Statt *finiendam* litem lesen ineundam oder inchoandam, vgl. z. B. selbst *Donell.*, comm. lib. XXII. C. 10, was aber ganz verkehrt ist, da im Grunde Justinian's Verordnung gar nichts Neues enthält, denn bei dem alten annus utilis verhielt es sich schon gerade so, l. 39. pr. de minor., l. 5. pr., l. 6. C. de tempor. in integr. rest., und in der oben erwähnten Konstantinischen Verordnung über die Restitutionszeit der minores findet sich dieselbe Bestimmung, so wie ja auch bekanntlich Justinian für alle Prozesse eine dreijährige Frist festgesetzt hat (s. oben §. 152. Anmerkung 2). Aus denselben Gründen aber, aus denen diese allgemeine Prozeßverjährung niemals in unsren Gerichten Anwendung gefunden hat, ist dies auch bei der besondren Vorschrift über den Restitutionsprozeß der Fall gewesen, und es ist also heut zu Tage das quadriennium blos für die Anbringung des Restitutionsgesuchs bestimmt. Glück S. 445 und die dort Angeff., Burchardi S. 503 fgg., Savigny S. 253 fgg.

4) Ist der Lädirte gestorben, so läuft das quadriennium seinen Erben

fort, und zwar, wenn sie volljährig sind, von dem Augenblick des Erbschafts-Antritts oder der agnitio bonorum possessionis, wenn sie aber minderjährig sind, von der erlangten Volljährigkeit an, l. 19. de minorib. (4, 4), l. 5. §. 1—3. C. de temp. in integr. rest. (2, 53), Savigny S. 264.

C) Verfahren bei der Restitution. §. 181.

1) *Modestin.*, l. 3. de in integr. rest. (4, 1): Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.

2) *Ulp.*, l. 13. §. 1. de minor. (4, 4): Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei ejus possessorem, licet cum eo non sit contractum. Utputa rem a minore emisti et alii vendidisti, potest interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat vel re sua careat, *et hoc vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem judicio.*

Scaevola, l. 39. pr. eod.: Intra utile tempus restitutionis apud praesidem petierunt in integrum restitutionem minores et de aetate sua probaverunt. Dicta pro aetate sententia, adversarii, ut impedirent cognitionem praesidis, ad imperatorem appellarunt; praeses in eventum appellationis caetera cognitionis distulit. Quaesitum est: si finita appellationis apud imperatorem cognitione et injusta appellatione pronunciata, egressi aetatem deprehendantur, an caetera negotia implere possunt, quum per eos non steterit, quo minus res finem accipiat? Respondi: secundum ea, quae proponerentur, perinde cognosci, atque si nunc intra aetatem essent.

Anm. Vgl. vorzüglich Burchardi §. 23—27. (wo sich auch §. 25. eine Uebersicht der verschiedenen Meinungen findet), v. Schröter a. a. O. S. 99 fgg., Schneider a. a. O. S. 57 fgg., Puchta, Kurs. der Instit. II. §. 177, Savigny S. 228 fgg., *Staedtler* p. 123 fgg.

D) Wirkungen der Restitution. §. 182.

Burchardi §. 29. 30, Savigny S. 264 fgg., Steinberger S. 312 fgg., *Staedtler* p. 135 fgg.

II. Von den einzelnen Restitutionsgründen.

A) Minderjährigkeit. §. 183.

Dig. IV. 4. de minoribus XXV annis; Cod. II. 22. de in integrum restitutione minorum; II. 23. de filiofamilias minore; II. 24. de fideiussoribus minorum; II. 25. si tutor vel curator intervenerit; II. 43. si minor se maiorem dixerit vel maior probatus fuerit; II. 45. de his, qui veniam aetatis impetraverunt; II. 46. si major factus ratum habuerit. — Burchardi a. a. O. §. 13—15, Savigny S. 145 fgg., Steinberger S. 324 fgg., *Staedtler* p. 33 fgg.

Ulp. l. 1. §. 1. h. t. Praetor edicit: *quod cum minore quam XXV annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam.*

Anm. 1. Es ist eine bestrittene Frage, inwiefern das beneficium restitutionis der Minderjährigen, auch den Bürgen derselben zu Gute komme? vgl. Glück V. S. 561 fgg. und die da Angeführten, und dazu Reinhardt, Ergänzungen zu Glück II. S. 185 fgg., Burchardi S. 570 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 395. Not. 163, Savigny S. 217 fgg., Girtanner, Bürgsch. S. 521 fgg., Steinberger a. a. O. S. 331 fgg., *Machelard,* des oblig. naturelles p. 242 fgg., *Staedtler* p. 41 fgg. Diese Frage kann nun freilich nicht, wie auch schon oben bemerkt wurde, den Sinn haben: ob auch die Bürgen sich so, wie der minor selbst in integrum restituiren lassen könnten? denn dies ist absolut zu verneinen, sondern der Sinn jener Frage ist nur der: ob der Bürge dann, wenn der Minderjährige schon in integrum restituirt ist, sich darauf berufen dürfe, oder nicht? Die meisten Neueren gehen dabei, und, wie ich glaube mit vollem Rechte, von der nur gewöhnlich nicht bestimmt genug ausgedrückten Unterscheidung aus, daß dem Bürgen dann die Restitution des Minderjährigen nichts nützt, wenn er gerade, um dem Gläubiger Sicherheit gegen die Minderjährigkeit des Schuldners zu geben, interzedirte, und die Restitution dann auch wirklich gerade nur wegen der minor aetas — also nicht etwa wegen dolus des Kreditor u. dgl. — erfolgte; daß aber in andren Fällen allerdings der Bürge durch die Restitution des Schuldners liberirt werde. Mit diesen der Natur der Sache und der Analogie — man denke an die Bürgen von impuberes, prodigi und furiosi, l. 25. de fidejuss. (46, 1); l. 127. de V. O. (45, 1), vgl. mit l. 6. eod. — durchaus angemessenen Sätzen können auch vollkommen die oft als sich widerstreitend angenommenen Gesetze vereinigt werden. Daß hier eine Unterscheidung gemacht werden muß, deutet a) Ulpian in l. 3. §. 4. de minor. an: ut solet *interdum* fidejussoribus ejus prodesse, und geradezu sagt Paulus rec. sent. I. 9. §. 6: qui *sciens prudensque* se pro minore obligavit, si id *consulto consilio* fecit, licet minori succuratur, ipsi tamen non succurritur. b) Eben dahin führt auch der Ausspruch von

Ulpian in l. 13. pr. de minor.: es hänge von der Beschaffenheit der einzelnen Fälle ab, ob auch den Bürgen die in integr. rest. nütze, denn wenn der Gläubiger wisse, daß der Schuldner minderjährig sei, und eben wegen des daher fließenden Mißtrauens einen Bürgen annehme, so dürfe dem Bürgen nicht geholfen werden. c) Ganz die obige Unterscheidung liegt auch der l. 95. §. 3. de solut. (46, 3) zu Grunde, einer Stelle, die auch in kritischer Beziehung bestritten ist, vgl. *Schulting* et *Smallenburg* ad h. l. (tom. VII. pag. 120 sqq., pag. 1354), Glück V. S. 570. Not. 66, S. 572. Not. 69, Reinhard, Erg. II. S. 192 fg., Schneider im deutschen Korp. jur. ad h. l. (Bd. IV. S. 764 fg. Not. 128 fg.), vgl. auch unten Bd. III. §. 620. T. 2. Papinian sagt hier: Quod vulgo jactatur, fidejussorem, qui debitori heres extiterit, ex causa fidejussionis liberari, toties verum est, quoties plenior rei promittendi obligatio invenitur. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor liberabitur; e contrario non potest dici, non tolli fidejussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem; nam si minori XXV annis bona fide pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit, herede fidejussore: difficile est dicere, causam juris honorarii quae potuit auxilio minori esse, retinere fidejussoris obligationem, quae principalis fuit, et cui fidejussoris accessit sine contemplatione juris praetorii. Auxilium igitur restitutionis fidejussori, qui adolescenti heres extitit intra constitutum tempus salvum erit. Der innere Zusammenhang in der zweiten Hälfte ist gewiß folgender: wenn sich Jemand für einen Minderjährigen verbürgt hat, nnd zwar nicht in der Absicht, um den Gläubiger gegen die mögliche Restitution sicher zu stellen („sine contemplatione juris praetorii"; gerade den umgekehrten Sinn verbinden freilich mit diesen Worten Burchardi S. 413 fgg. Not. 60. und S. 574 fgg. und Schneider in der angef. Uebersetzung des Korp. jur.; aber es wird dadurch den Worten nicht nur Gewalt angethan, sondern auch dem Papinian eine völlig inkonsequente Entscheidung aufgebürdet): so ist die Obligation aus der Bürgschaft nicht stärker, als die prinzipale, indem den Bürgen die Restitution des Hauptschuldners zu Gute kommt; wird nun also der Bürge Erbe des minderjährigen Schuldners, so hört seine Bürgschafts-Schuld auf, und er kann sich den Ansprüchen des Gläubigers durch das beneficium restitutionis seines Erblassers entziehen. — d) Ebenfalls in voller Uebereinstimmung mit unsren obigen Grundsätzen ist das Reskript von Diokllet. und Maximian in l. 2. C. de fidejuss. minor.: Wenn eine Minderjährige mit Beobachtung aller für Bevormundete vorgeschriebenen Solennitäten — woraus hervorgeht, daß sowohl der Käufer, wie der Bürge das minderjährige Alter drr Verkäuferin kannten — ein Grundstück verkauft, sich aber nachher in integrum restituiren läßt, so bleiben die von der Verkäuferin gestellten Bürgen obligirt, wenn die Restitution gerade nur wegen der minor aetas ertheilt wird, während dieselben dann liberirt werden, wenn der Käufer sich eines Betrugs schuldig machte. — In allen angeführten Gesetzen sind die vorherbemerkten Grundsätze so bestimmt ausgesprochen, daß wir dieselben ohne allen Anstand als Prinzipien des römischen Rechts betrachten können, und dem widerstreitet auch durchaus nicht weder l. 51. de procurat. (3, 3) —

woraus man vorzüglich hat ableiten wollen, daß den Bürgen der Minderjährigen die Restitution stets nütze — noch auf der andren Seite l. 7. §. 1. de except. (44, 1), l. 1. C. de fidejuss. minor. — worauf man sich vorzüglich für die gerade umgekehrte Ansicht beruft —; denn a) in l. 7. cit. wird in den Worten: nec fidejussori danda est exceptio, dem Bürgen nicht überhaupt die Einrede aus dem minderjährigen Alter abgesprochen, sondern es wird da nur gesagt, daß er nicht eher eine Einrede gewinnen könne, als bis der Minderjährige selbst restituirt ist (s. oben Anm. zu §. 179). — b) In l. 1. C. cit. reskribiren allerdings Sever und Antonin in einem einzelnen Fall, daß die Bürgen trotz der Restitution des Hauptschuldners verhaftet bleiben sollten; aber offenbar ist hier ein Fall zu supponiren, in welchem die Bürgen gerade der Minderjährigkeit wegen zugezogen wurden. Es hat dies um so weniger Bedenken, da der Hauptinhalt des Reskripts darauf geht, daß der Minderjährige dann, wenn der Bürge noch verhaftet bleibt, noch einer besondren Restitution diesem Bürgen gegenüber bedürfe, um die Mandatsklage abzuwenden. — c) In l. 51. cit. sagt Ulpian, ein Minderjähriger könne in der Regel kein tauglicher defensor sein, quia et ipsi et fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurritur. Sicher denkt hier Ulpian nur an den Fall, daß der Minderjährige die einem Defensor obliegende cautio judicatum solvi durch Bürgen stellt, und dabei gar keine Rücksicht auf das minderjährige Alter des Defensor genommen ist. An einen Widerspruch Ulpians mit sich selbst, vgl. l. 3. §. 4, l. 13. pr. de minor., und mit den obigen Aussprüchen unserer Gesetze ist nicht zu denken. —

Anm. 2. Als besondere Beschränkungen der restitutio minorum sind, abgesehen von einigen für uns unpraktischen Bestimmungen, l. 13. §. 11. C. de judic. (3, 1), l. 1. §. 1. C. de plus petit. (3, 10) folgende zu bemerken:

1) Die Restitution fällt weg, wenn der Minderjährige das Geschäft eidlich bekräftigt, Auth. Sacram. puber. (s. oben §. 170. Anm.);

2) wenn der Schuldner eines Minderjährigen dem Vormunde in Folge richterlichen Dekrets Zahlung leistete, l. 7. §. 2. de minor., l. 25. C. de adm. tut. (5, 33), §. 2. J. quib. alien. licet vel non (2, 8). Die Auffassung Savigny's S. 151, daß durch Justinian's Vorschrift die Restitution nicht eigentlich ausgeschlossen, sondern nur das Bedürfniß dazu zum größten Theile weggefallen sei, dürfte schwerlich zu billigen sein. Vgl. auch Heimbach „über die Restitution der Minderjährigen gegen die mit obervormundschaftlichem Dekret vorgenommenen Verfügungen" in sein. und Orlloff's jurist. Abhh. I. S. 365 fgg.

3) Wenn ein Minderjähriger sich gegen eine vom Vater für ihn geschehene Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft hat restituiren lassen, und dagegen wiederum Restitution verlangt, l. 8. §. 6. C. de bon. quae liber. (6, 61).

4) Auch dann soll die Restitution wegfallen, wenn ein Minderjähriger auf Befehl seines Vaters ein Geldbarlehen aufgenommen hat. Obwohl sich für diese spezielle Ausnahme kaum entscheidende innere Gründe auffinden lassen, so ist dieselbe doch sehr bestimmt in l. 3. §. 4. de minor. ausgesprochen:

Ulp. „Si igitur filius conveniatur, postulet auxilium, si patrem

conveniat creditor, auxilium cessat; *excepta mutui datione, in hac enim, si jussu patris mutuam pecuniam accepit, non adjuvatur*".

Freilich will jetzt Savigny S. 277 fgg. (Beilage XVIII.), indem er das *non* transponirt, und so liest:

„— — in hac enim, si *non* jussu patris mutuam pecuniam accepit, adjuvatur",

einen ganz andren Sinn in die Stelle bringen, indem nun der Jurist sagen würde, daß bei dem ohne Vorwissen des Vaters gemachten Geldbarlehen dem Vater durch die exc. SCti Macedoniani geholfen würde; aber diese Textveränderung ist, ganz abgesehen von ihrer Willkürlichkeit, gewiß verwerflich, da nicht wohl zu begreifen ist, wie Ulpian, der in der ganzen vorliegenden Entwicklung lediglich von dem auxilium *in integr. restitutionis* spricht, und die Frage beantwortet, ob und wann dieses auxilium dem Sohne und beziehungsweise dem Vater zustehe, dazu kommen sollte, hier auf einmal das ganz heterogene auxilium SCti Macedoniani in seine Argumentation zu ziehen, und da überdies dem ganzen Zusammenhange nach lediglich von Fällen die Rede ist, in denen sich der Sohn jussu patris obligirt, und erst in dem folgenden Passus: Proinde et si sine jussu rel. auf diejenigen Fälle übergegangen wird, in denen der Sohn ohne Geheiß des Vaters Obligationen abschließt. Bedenkt man überdies, daß auch die Basiliken dieser Konjektur bestimmt entgegenstehen (Basil. X. 4. fr. 3. §. 4: „*δανεισάμενος δὲ ὁ υἱὸς κελεύσει τοῦ πατρὸς οὐ βοηθεῖται*" i. e. filius autem, qui jussu patris mutuam pecuniam accepit, non adjuvatur), und daß überdies der Satz der l. 3. §. 4. cit. nach der handschriftlichen Lesart, unmittelbar bestätigt wird durch das Reskript von Gordian in l. 1 [2] C. de filiofam. minore (2, 23):

„Si frater tuus, quum mutuam pecuniam acciperet, in patris fuit potestate, *nec jussu ejus,* nec contra SCtum *contractum est,* propter lubricum aetatis adversus eam cautionem in integrum restitutionem potuit postulare";

so muß gewiß die von Savigny vorgeschlagene Textveränderung unbedingt verworfen werden; vgl. auch *Staedtler* p. 46 fgg. Die verkünstelte Interpretation von Dietzel SC. Maced. S. 57 fg. bedarf wohl keiner besondern Widerlegung.

5) Wenn ein Minderjähriger gegen einen Minderjährigen Restitution verlangt; hier gilt die Regel: beati possidentes, l. 11. §. 6. de minor., vgl. mit l. 34. pr. eod.

6) Wenn zwei nahe Verwandte sich über Rechte, die Einer nach dem Tode des Andern haben soll, giltig verglichen haben, l. 11. C. de transact. (2, 4).

7) Wenn ein bereits 18jähriger minor Geld aufgenommen hat, um denjenigen, zu dessen Succession er, durch Testament oder als Intestat-Erbe, berufen ist, aus feindlicher Gefangenschaft loszukaufen, Nov. 115. c. 3. §. 13.

8) Wenn ein Minderjähriger veniam aetatis erlangt hat, rücksichtlich der nachher abgeschlossenen Geschäfte; gegen die Jahrgebung selbst findet aber Restitution allerdings Statt, l. 1. C. de his qui veniam aetatis impetrav. (2, 45).

9) Endlich fällt die Restitution auch dann weg, wenn der Minderjährige

in Ausübung eines Gewerbes, einer Kunst u. dgl. lädirt ist, wozu er öffentlich autorisirt worden ist, indem hierin die Doktrin eine theilweise Jahrgebung erblickt.

Daß auch die Restitution zessire, wenn der Minderjährige auf die Inoffiziositäts-Querel verzichtet habe, ist wohl ungegründet, indem die l. 1. C. de integr. rest. min. (2, 22), die ein Reskript Alexanders an eine gewisse Plotiana enthält, auch die Deutung zuläßt, daß die Anfragende als Frau auf die rest. minorum keinen Anspruch habe, was sich darauf bezieht, daß zur Zeit der klassischen Juristen dies allerdings nicht unbestritten war; vgl. l. 8. §. 2. qui satisd. cog. (2, 8), l. 110. §. 4. de R. J., l. 3. C. Th. de integri rest., Burchardi S. 252 fgg. Daß die Restitution auch dann wegfalle, wenn der Minderjährige sich arglistig für majorenn ausgegeben, wenn er als Großjähriger ratihabirt, wenn er sich eines Delikts schuldig gemacht habe u. dgl., ist zwar völlig gegründet, kann aber nicht zu den besondren Beschränkungen der rest. minorum gezählt werden. — Vgl. überhaupt Burchardi §. 15.

Analoge Ausdehnungen der rest. minorum. §. 184.

B. Zwang und Betrug. §. 185.

Dig. IV. 2. quod metus causa gestum erit; Cod. II. 20. de his, quae vi metusve causa gesta sunt. — Dig. IV. 3; Cod. II. 21. de dolo malo. — Burchardi §. 18—20, Savigny S. 191 fgg., S. 198 fgg., Steinberger S. 317 fgg., *Staedtler* p. 53 fgg. — Vgl. auch Schliemann, die Lehre vom Zwange. Rostock 1861. S. 5 fgg., S. 55 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. quod met. c. gestum erit: Ait Praetor: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.*

2) *Ulp.* l. 9. §. 3. 4. eod.: Sed quod Praetor ait, *ratum se non habiturum*, quatenus accipiendum est, videamus. Et quidem aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, utputa stipulationem numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium perficeret. Et Pomponius scribit, in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum et actionem competere, in imperfectis autem exceptionem. Sed ex facto scio, quum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab imperatore nostro, posse eum a Praetore in integrum restitutionem postulare, et Praetorem me assidente interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse

propositam, sive exceptione adversus petentes, non deesse exceptionem; ex qua constitutione colligitur, ut sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur. (§. 4.) Volenti autem datur et in rem actio et in personam, rescissa acceptilatione vel alia liberatione.

Anm. I. Schon von den ältesten Zeiten her galt im römischen Recht der wichtige Grundsatz, daß es in den judiciis bonae fidei zum officium judicis gehöre, auch den dolus zu berücksichtigen (wobei unter dolus auch der Zwang mitbegriffen ist), ein Grundsatz, der für den Kläger nicht weniger, als für den Verklagten von großer Bedeutung war. Der Kläger konnte nämlich demgemäß bei judicia bonae fidei mit der Kontraktsklage Entschädigung wegen Zwang oder Betrug von Seiten des Verklagten begehren, l. 7. pr. §. 3, l. 9. pr. de dol., l. 4. pr., l. 6. §. 9, l. 13. §. 4. 5, l. 30. §. 1. de act. emti (19, 1), l. 43. §. 2, l. 68. §. 1. 2. de contr. emt. (18, 1) u. s. w., und der Verklagte hat die Befugniß, bis zum Urtheil die exc. doli (generalis) vorschützen zu dürfen, worauf sich die bekannte Regel bezieht: exc. doli judiciis bonae fidei inest vgl. §. 155. Anm. 2. Bei actiones stricti juris konnte dagegen für den Kläger, wie für den Verklagten nur durch die dem Geschäfte ausdrücklich beigefügte clausula doli, also durch die Stipulation: dolum malum abesse et abfuturum esse geholfen werden: l. 1. §. 4, l. 7. §. 3. de dol., l. 31. de recept. (4, 8), l. 22, l. 38. §. 13, l. 53, l. 119, l. 121. pr. §. 3. de V. O. u. s. w. — An diese schon im alten Zivilrecht begründeten Grundsätze schlossen sich nun die Prätorischen Edikte an, und zwar:

1) Das Cassianische Edikt über die *exceptio doli*, vgl. l. 4. §. 33. de doli mali et met. exc. (44, 4):

> *Ulp.* Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat *contentus doli exceptione*, quae est generalis; sed utilius visum est, etiam de metu opponere exceptionem, etenim rel.

Die nach grammatischer Auslegung dieser Stelle ebenfalls mögliche, und von Schneider, subs. Klagen S. 315 fgg. und in den früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs wirklich angenommene Meinung, daß Cassius nicht die exceptio doli, sondern vielmehr die actio quod metus causa eingeführt habe, steht mit der anderweiten Quellen-Zeugnissen über die Person dessen, der diese Klage einführte, und über die Zeit dieser Einführung in entschiedenem Widerspruche, und muß also verworfen werden, vgl. auch Rudorff in der geschicht. Zeitschrift XII. S. 166 fgg. Wann aber dieses Cassianische Edikt erlassen sei, läßt sich mit Bestimmtheit nicht ermitteln, jedenfalls vor dem Oktavianischen Edikt über actio und exceptio metus causa, vgl. auch *Plaut.* Rud. V. 3, 25, Cic. ad Att. VI. 1, Burchardi S. 300 fgg., Rudorff a. a. O. S. 168, und der Inhalt desselben war gewiß der, daß dadurch die exceptio doli auch für actiones stricti juris eingeführt wurde, wobei freilich immer noch der wichtige Unterschied von den actiones bonae fidei blieb, daß sie stets dem Prätor vorgelegt, und von diesem in die formula aufgenommen werden mußte, l. 2. §. 4. 19, l. 7. de doli mali exc., l. 36. de V. O. (45, 1).

2) Das Oktavianische Edikt über das *vi metusve causa gestum*, und zwar jedenfalls vor 683 d. St., da Cicero desselben in seinen Verrinischen Reden erwähnt, II. lib. 3. c. 65. Ein Stück dieses Edikts kommt in l. 1. quod met. c. (T. 1.) vor, und ein Stück der in Gemäßheit desselben proponirten Klagformel in l. 14. §. 11 eod.: *„neque ea res arbitrio judicis restituetur"*. Gewiß wurde also durch dieses Edikt die *actio* quod metus causa eingeführt, und wirklich wird auch in dem Digestentitel quod metus causa das dadurch begründete Rechtsmittel vielfach als *actio* aufgeführt, vgl. z. B. l. 9. §. 1. 3. 8, l. 14. §. 2. 3. 15, l. 15, l. 16. §. 2, l. 19, l. 20, l. 21. §. 6. quod met. causa, und die bei Cic. l. c. erwähnte formula Octaviana ist nichts Andres, als die für die actio qu. met. c. aufgestellte Klagformel. Daß übrigens durch dasselbe Edikt auch die *exceptio* quod metus causa eingeführt ist, kann wohl kaum einen begründeten Zweifel leiden, vgl. auch l. 9. §. 3. eod. (T. 2). Vgl. überhaupt Burchardi S. 303 fgg. und Rudorff über die Oktavianische Formel; in der gesch. Zeitschrift XII. 3.

3) Das Aquilische Edikt über die *actio doli*, gegen das Jahr 688, wovon Cic. de nat. Deor. III. 30. geradezu sagt, es sei dadurch das judicium de dolo malo eingeführt worden; vgl. auch Cic. de offic. III. 14. Wenn übrigens Cicero an dieser letztren Stelle sagt: nondum enim Aquilius protulerat de dolo malo formulas, so darf aus diesem Plural nach einer bekannten Redeweise der Römer gewiß nicht gefolgert werden, daß gerade mehrere formulae de dolo von Aquilius aufgestellt worden seien, und es ist eben so unhaltbar, mit Burchardi S. 308 fgg. dabei an eine formula in jus und in factum concepta zu denken, da die prätorische actio doli niemals in jus concepta sein konnte, als mit Schneider a. a. O. S. 325 fgg. darunter die actio und die *exceptio* doli zu verstehen, da die letztere, wie oben angedeutet wurde, schon lange vor Aquilius eingeführt war. —

Außer den bisher betrachteten finden sich keine weiteren über metus und dolus, und da in denselben nur von der *actio* und *exceptio* doli und quod metus causa die Rede ist, so erklärt sich daraus leicht die Meinung vieler älterer und neuerer Juristen, daß gerade in diesen Rechtsmitteln die in integrum restitutio propter dolum et metum bestehe. Dies ist aber gewiß irrig, und es läßt sich vielmehr auf das Bestimmteste aus unsren Quellen nachweisen, daß die in integrum restitutio als ein neues, von jenen Klagen und Einreden verschiedenes Rechtsmittel vorkommt, vgl. unten II. und III. Der geschichtliche Gang ist dann wohl so zu denken, daß die, wahrscheinlich durch die sehr generelle Fassung des Oktavianischen Edikts veranlaßte, und durch kaiserliche Reskripte unterstützte Doktrin die in integrum restitutio einführte, theils der größeren Vortheile wegen, die das schnellere Verfahren bei in integr. rest. gewährte (woher es namentlich kam, daß bei judicia bonae fidei später die in integr. rest. gewöhnlicher war, als die Kontraktsklage, s. oben §. 177. Anm. 1.), theils deßhalb, weil es Fälle gab, wo die bisherigen Rechtsmittel (Kontraktsklagen, actio und exc. quod metus causa) doch nicht aushalfen, wie z. B. bei erzwungener Antretung einer überschuldeten, und bei erzwungener Ausschlagung einer vortheilhaften Erbschaft u. dgl. m. Die neuerlich besonders von Savigny

S. 112 fgg., S. 191 fgg., S. 199 vertheidigte umgekehrte Ansicht, daß nämlich anfänglich gerade die in integrum restitutio durch das prätorische Edikt eingeführt worden sei, dieselbe aber späterhin durch die Einführung der actio und exceptio doli und quod metus causa zum größten Theile ihre Anwendbarkeit verloren habe, dürfte sich schwerlich mit unsren Quellen vereinigen lassen, und namentlich beweist die Erzählung Cicero's de offic. III. 14. bestimmt genug, daß vor dem Aquilischen Edikt über die actio doli es auch keine in integrum restitutio propter dolum im römischen Recht gegeben hat.

II. Daß nun wegen *metus*, um von diesem zunächst zu reden, im neuern römischen Rechte wirklich eine, von der actio und exceptio quod metus causa verschiedene in integrum restitutio vorkommt, geht namentlich aus folgenden gesetzlichen Bestimmungen hervor:

1) Vorzüglich gehört hierher l. 9. §. 3. 4. quod met. causa (T. 2), wo Ulpian ausdrücklich ein Reskript von Alexander Sever dafür anführt, daß neben der actio und exceptio quod metus causa auch eine in integrum restit. vorkommen könne, und dann so fortfährt: ex qua constitutione colligitur, ut sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio (sc. metus) detur. Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione, welche letztren Worte ganz entschieden auf die eigenthümliche in integr. rest. propter metum hinweisen, deren von der actio quod metus c. sehr verschiedenes Wesen ja gerade darin besteht, daß der Magistrat das erzwungene Rechtsgeschäft causa cognita durch ein Dekret reszindirt, und die verlorenen Rechte restituirt, so daß also die alte Klage wieder eintritt, die je nach ihrer ursprünglichen Beschaffenheit in rem oder personam ist, und auf das geht, worauf sie ursprünglich gerichtet war. Dahin führt denn auch namentlich das Reskript von Gordian in l. 3. C. de his quae vi (2, 20) verb.: postquam placuit, in rem quoque dari actionem secundum formam perpetui Edicti.

2) Nicht minder beweisend ist l. 21. §. 6. quod met. c., wo Paulus von dem, welcher gezwungen eine Erbschaft ausschlägt, sagt, duplici via praetor succurrit, aut utiles actiones quasi heredi dando, aut actionem quod metus causa praestando. Die hier erwähnten actiones utiles können nichts anderes sein, als die durch eigentliche in integrum restitutio wieder erworbenen Klagen.

3) Hierher gehört auch l. 21. §. 5. eod., wo von dem, welcher gezwungen eine Erbschaft angetreten hat, gesagt wird: per praetorem restituendus est, ut abstinendi facultas ipsi tribuatur, vgl. l. 84. de adquir. her. (29, 2). (Wenn übrigens Manche wegen l. 6. §. 7. eod. behaupten, in diesem Falle könne nicht von einer in integrum restitutio geredet werden, da vielmehr die Erbschaftsantretung nichtig sei, so übersieht man hierbei das Wörtchen fallens, wodurch offenbar auf eine simulirte hereditatis aditio hingedeutet wird).

4) Endlich gehören hierher auch, außer manchen anderen, (vgl. z. B. l. 25. pr. de minor., l. 1. C. de resc. vendit.) die schon früher aufgeführten Stellen, wo unter den justae causae restitutionis ausdrücklich der metus

aufgeführt wird, und wobei nicht an die actio quod metus c. gedacht sein kann, eben weil dieselbe keine wahre in integr. restitutio ist.

Vergl. Burchardi S. 359 fgg., Schröter S. 117 fgg., Savigny S. 194 fgg.

III. Daß es auch eine von der actio, wie von der exceptio doli verschiedene in integrum restitutio propter dolum gebe, kann schon nach den bisherigen Ausführungen nicht wohl bezweifelt werden, und namentlich beweisen dies schon entscheidend genug die Stellen, in denen der dolus als Grund der in integr. rest. angeführt wird. Wirklich wird aber auch in andern Gesetzen die actio doli geradezu der in integr. rest. entgegen gesetzt, l. 7. §. 1. de integr. rest. (4, 1), l. 1. §. 6, l. 7. pr. l. 38. de dol. malo (4, 3), denn gewiß dürfen diese Stellen nicht so erklärt werden, daß die actio doli zessire, wenn noch eine andre in integr. rest. gegründet sei, sondern ihr Inhalt ist einfach: wenn in integr. restitutio Platz greifen kann, fällt die actio doli hinweg. Als einzelne Anwendungsfälle der wahren in integr. rest. propter dolum kommen in den Gesetzen folgende vor:

1) Nach einem Reskript von Hadrian soll dieselbe dann eintreten, wenn eine res judicata durch bestochene Zeugen-Aussagen hervorgebracht war, l. 33. de re judic. (42, 1).

2) Nach l. 18. de interrog. in jure (11, 1) wird demjenigen, welcher durch eine dolose Antwort auf eine vorgelegte interrogatio in jure um eine Klage gegen einen Dritten gekommen war, eine in integr. rest. dann gestattet, wenn der Betrüger insolvend ist.

Nach l. 7. §. 1. de in integrum restitut. (4, 1), vgl. mit pr. eod. wird auch der, welcher in Folge eines dolus einer gerichtlichen Ladung nicht folgte, in integrum restituirt, (s. §. 177. Anm.).

4) Nach §. 6. J. de actionib. (4, 6) können auch Kreditoren gegen betrügliche Veräußerungen ihres Schuldners Restitution erhalten (s. §. 177. Anm. gegen Ende).

5) Endlich gehören hierher die schon früher (§. 178. Anm. 1.) angeführten kaiserlichen Konstitutionen, wornach später in elektiver Konkurrenz mit den Kontraktsklagen bei negotia bonae fidei auch die in integr. rest. gestattet wird.

Bei diesen im Gesetz allein angeführten Fällen müssen wir aber wohl stehen bleiben, und wir dürfen also nicht, wie Burchardi S. 376 fgg. anzunehmen scheint, vgl. auch Savigny S. 200 fgg., dieser Restitution einen eben so weiten Umfang geben, als der propter metum, obgleich innere Gründe allerdings dahin führen würden, da hier sogar wegen der Personalität der actio und exc. doli eine Aushilfe durch in integr. rest. noch mehrfach wünschenswerther wäre, als im Falle des metus. Daß aber diese Aushilfe wirklich nicht gewährt worden ist, beweist der ganze Pandektentitel de dolo malo, wo in allen solchen Fällen, z. B. wenn Jemand durch dolus zum Erbschaftsantritt oder zur Ausschlagung einer Erbschaft gebracht wurde, nur die actio de dolo zugestanden wird, diese aber nach den vorher angeführten Gesetzen nur dann Platz greift, wenn auch keine in integr. rest. statthaft ist, v. Schröter a. a. O. S. 128, Sintenis, Zivilr. I. S. 379. Note 86, *Staedtler* p. 67 sqq.

C. Irrthum. §. 186.

Anm. Daß es eine eigentliche in integrum restitutio propter errorem giebt, wird schon durch die allemeinen Stellen, in denen die Restit. Gründe aufgeführt werden, (§. 177) bewiesen, und wirklich findet sich auch noch ein freilich nur verstümmelt erhaltenes Edikt, in welchem wenigstens ein Fall der in integrum restitutio propter errorem aufgeführt wird. In l. 1. §. 1. und §. 6. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur (27, 6) werden nämlich als Worte des Prätor angeführt: *quod eo auctore, qui tutor non fuerit — si id actor ignoraverit, dabo in integrum restitutionem.* Gewiß beziehen sich diese Worte auf den Fall, wenn ein Dritter einen Prozeß gegen einen Pupillen geführt, und dabei ein falsus tutor auktorirt hatte. Von Seiten des Pupillen war dieser Prozeß, eben weil ein non tutor auctoritatem interponirt hatte, ganz ungiltig, und war also auch der Pupill kondemnirt, so konnte doch gegen ihn keine actio judicati angestellt werden; von Seiten des Klägers aber war der Prozeß allerdings giltig, und so durfte dieser die durch litis contestatio konsumirte Klage nicht wieder anstellen, indem ihm die exceptio rei in judicium deductae entgegenstand. War nun der Kläger in diese drückende Lage durch entschuldbaren Irrthum versetzt worden, dann soll er dagegen in integrum restituirt werden, Keller, Lit. Kont. und Urth. §. 68, Francke, Beitr. S. 88 fgg., v. Schröter a. a. O. S. 114 fgg., Rudorff, Vormundsch. Bd. II. S. 293 fgg. — Gerade von dieser in integr. rest. kann aber aus begreiflichen Gründen bei uns keine Rede mehr sein, und wenn also, wie man oft annimmt, dies der einzige Fall einer in integr. rest. propter errorem wäre, so fiele dieselbe h. z. T. ganz hinweg. Dies ist aber freilich irrig, indem auch noch eine Reihe anderer Anwendungen in unsren Quellen vorkommt:

1) Ein im neuesten Recht ebenfalls antiquirter Fall wird in §. 33. J. de actionib. angeführt, wornach der, welcher durch plus petitio seine Klage verloren hatte, im Falle eines so entschuldbaren Irrthums, ut etiam constantissimus quisque labi posset, restituirt werden konnte; vgl. *Gai.* IV. 53. 57. — Wenn Burchardi S. 388 fgg. in den Institutionen noch eine zweite Anwendung finden will, nämlich in §. 5. 6. J. de hered. qualit. (2, 19), so beruht dies auf einem Mißverständniß, denn von einer in integr. restitutio ist da gar keine Rede, und namentlich ist das Rechtsmittel, von dem hier Justinian rühmend erwähnt, daß er es eingeführt habe, nicht, wie Burchardi will, eine in integr. rest., sondern das bekannte in l. 22. C. de jure deliber. (6, 30) eingeführte beneficium inventarii.

2) Nicht mehr anwendbar ist auch der in l. 2. de exc. rei jud. (44, 2) erwähnte Fall, der sich auf das Prinzip des früheren Rechts bezieht, wornach eine dilatorische Einrede, wenn einmal res in judicium deducta war, wie eine peremtorische wirkte, *Gai.* IV. 123. Hiergegen soll Restitution verlangt werden dürfen.

3) Nach l. 1. §. 17. de separat. (42, 6) soll den Erbschaftsgläubigern, welche durch nachgesuchte Separation in Schaden gekommen sind, justissima ignorantiae causa allegata, durch Restitution geholfen werden.

4) In l. 13. pr. de instit. act. (14, 3) und l. 11. pr. de exc. rei jud. finden sich Beispiele einer Restitution, welche gegen den Verlust einer wirklich begründeten Klage dem ertheilt wird, welcher durch irrthümliche Anstellung derselben aus einem falschen oder nicht beweisbaren Grunde sie verloren hatte; vgl. auch Sintenis, Zivilr. I. S. 381 fgg. Note 95.

5) Restitution wegen Irrthums wird auch erwähnt gegen ein aus einem entschuldbaren Irrthum auf eine interrogatio in jure geschehenes Zugeständniß oder Abläugnen, l. 11. §. 8—10. de interrogat. in jure fac. (11, 1).

6) Wem im Prozeß von seinem zur Kautionsleistung verbundenen Gegner unfähige Bürgen gestellt sind, der kann auf den Grund seines Irrthums Restitution dagegen erhalten, l. 8. §. 2. qui satisd. cog. (2, 8).

7) Wenn Jemand, dem die Erbschaft als einem indignus entrissen werden kann, dieselbe angetreten hat, so erlangt er nach der wirklichen Entreißung die durch Konfusion erloschenen Klagen gegen den Erblasser nicht wieder; aber im Falle eines entschuldbaren Irrthums wird ihm auf dem Wege der Restitution geholfen, l. 21. §. 1. de SC. Silan. (29, 5), l. 17. de his quae ut indign. (34, 9).

Betrachtet man diese in unsren Quellen enthaltenen Anwendungen der Restit. wegen Irrthums, so fällt es in die Augen, daß sie sich fast sämmtlich mehr oder weniger auf prozessualische Nachtheile beziehen, und wir müssen also gerade dies als Hauptgebiet dieser Restitution ansehen. Wirklich ist auch in der Praxis fast nur im Prozeß von einer Restitution wegen Irrthums die Rede, wobei man freilich gewöhnlich darin fehlt, daß man sich dabei auf die generalis clausula beruft. Vgl. bes. Francke, Beitr. S. 84 fgg., und s. auch Savigny, Syst. III. S. 384 fgg. VII. S. 196 fgg., *Staedtler* p. 71 sqq.

D. Capitis deminutio. §. 187.

Dig. IV. 5. de capite minutis. — Burchardi §. 17, Savigny, Syst. II. S. 83 fgg., VII. S. 211 fgg.. Steinberger S. 338 fgg., *Staedtler* p. 103 sqq.

Ulp. l. 2. §. 1. h. t.: Ait Praetor: *qui quaeve posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, judicium dabo.*

Anm. — 1) Wenn Jemand eine capitis deminutio maxima erlitt, so war dies mit Ausnahme der Kriegsgefangenschaft stets mit einer Universal-Succession verbunden, wobei alle Forderungen, l. 128. §. 1. de R. J., l. 10. §. 1. de bon. damnator. (48, 20), wie Schulden, l. 2. pr., l. 7. §. 2. 3. de cap. min., l. 10. pr. de bon. damnat. klagbar auf den neuen Inhaber des Vermögens übergingen. War aber Jemand gefangen worden, so wurde sein Vermögen bis zu seinem Tode oder seiner Rückkehr durch einen Kurator administrirt, wobei die Obligationen ihre volle Wirksamkeit behielten. — Ganz ähnliche Grundsätze traten

bei der cap. dem. media ein; denn war sie eine Strafe, so war sie stets mit Vermögensverlust und resp. einer Universal-Succession verbunden, es müßte denn dem deminutus durch besondre Vergünstigung das Vermögen gelassen worden sein, wo er nicht nur seine Forderungen behielt, l. 21. de V. S., sondern auch aus seinen Schulden belangt werden konnte, l. 14. §. 3. de interd. et releg. (48, 22). Dies galt ohne Zweifel auch dann, wenn die capitis deminutio durch Verzicht auf die Zivität entstanden war. Die cap. dem. maxima und media konnten also niemals Veranlassung zu einer in integr. rest. der Kreditoren geben, indem diese dadurch gar nicht lädirt wurden, l. 2. pr. h. t.: pertinet hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quae salva civitate contingunt, caeterum sive amissione civitatis, sive libertatis amissione contingat capitis deminutio, cessabit edictum.

2) Ganz anders aber verhält sich dies bei der cap. deminutio minima, wenn man sich nur an die §. 34. Anm. 2. entwickelten Grundsätze über die Wirkungen einer solchen cap. dem. erinnert. Hier war wirklich eine Aushilfe für die Kreditoren nöthig, und zu diesem Zwecke wurde das in l. 2. §. 1. h. t. aufbewahrte Edikt gegeben, wonach gegen den capite deminutus gerade so eine Klage gegeben werden soll, perinde quasi id factum non sit, vgl. *Gai.* IV. 38. mit III. 84. Dies ist aber offenbar eine wahre in integr. rest., und die Kreditoren erhalten daher einen Anspruch auf Abfindung aus dem Vermögen, welches sie ohne dazwischenliegende capitis deminutio hätten angreifen können, so daß z. B. der pater arrogator das ganze ehemalige Vermögen, sowie den ganzen hinzugekommenen Erwerb den Kreditoren überlassen muß. Immer aber wird nach den ausdrücklichen Worten des Edikts nur denjenigen Kreditoren durch in integrum restitutio geholfen, deren Forderungen vor der capitis deminutio entstanden sind, s. auch l. 1. §. 2. h. t. (vgl. über diese Stelle Savigny II. S. 83 fgg.), und auch diejenigen können auf Restitution keinen Anspruch machen, welche selbst die capitis deminutio ihres Schuldners bewirkt haben, wie wenn Jemand seinen Schuldner arrogirt und nachher wieder emanzipirt hat, l. 2. §. 4. h. t. Sehr bestritten aber ist es, ob blos die Kreditoren, oder ob auch der Deminuirte selbst wegen der durch die cap. dem. für ihn verloren gegangenen Forderungen, auf diese in integr. rest. Anspruch machen könne, und namentlich sind noch die neuesten Schriftsteller über in integr. rest. verschiedener Meinung, denn während Burchardi S. 278. eine solche Restitution in Abrede stellt, wird dieselbe von Schneider S. 296 fgg. eifrig in Schutz genommen. Erinnert man sich aber an die oben in §. 34. Anm. 2. aufgestellten Grundsätze, wornach in der Regel von einer Erlöschung der Forderungsrechte des deminutus durch die capitis deminutio gar keine Rede sein kann, so muß dieser Streit freilich als ein ganz unnützer und leerer erscheinen, und es erklärt sich von selbst, weßhalb unsre Quellen diese ganze Frage auch nicht mit einem Worte berühren.

3) Da auch im Justinianischen Rechte die capit. dem. minima die Wirkungen hervorbringt, welche unsre in integr. rest. nöthig machten, wie dies oben gegen die abweichende Ansicht von Burchardi gezeigt worden ist (§. 34. Anm. 2), so versteht es sich, daß auch die Restitution wegen cap. dem. für das Justinianische Recht noch als geltend angesehen werden muß.

E. Abwesenheit und generalis clausula. §. 188.

Dig. IV. 6. ex quibus causis majores XXV. annis in integrum restituuntur; Cod. II. 51. de restitutionibus militum et eorum, qui reipublicae causa absunt; II. 52. de uxoribus militum et eorum, qui reipublicae causa absunt; II. 54. quibus ex causis majores in integrum restituantur. — Francke, Beiträge S. 68 fgg., Burchardi §. 12, Savigny S. 161 fgg., Steinberger S. 342 fgg., *Staedtler* p. 81 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. §. 1. h. t.: Verba edicti talia sunt: „*Si* „*cujus quid de bonis deminutum erit, quum is metu,* „*aut sine dolo malo reipublicae causa abesset, inve* „*vinculis, servitute, hostiumque potestate esset, sive* „*cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur; item* „*si quis quid usu suum fecisset, aut quod non utendo* „*amisit, consecutus, actioneve qua solutus ob id, quod* „*dies ejus exierit, quum absens non defenderetur,* „*inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non* „*faceret, aut quum eum invitum in jus vocari non* „*liceret, neque defenderetur, quumve magistratus* „*de ea re adpellatus esset, sive cui per magistratum* „(Flor. *pro magistratu*) *sine dolo ipsius actio exemta* „*esse dicetur: earum rerum actionem intra annum,* „*quo primum de ea re experiundi potestas erit; item* „*si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in* „*integrum restituam, quod ejus per leges, plebiscita,* „*senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit*".

2) *Ulp.* l. 26. §. 9. h. t.: *Item*, inquit praetor, *si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam.* Haec clausula edicto inserta est necessario; multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt, ut quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum.

Anm. 1. Das Edikt über die Restitution wegen Abwesenheit oder die technisch s. g. restitutio majorum, zerfällt in der Fassung, in welcher es in die Pandekten aufgenommen ist (T. 1), in drei Theile, zu denen allen die Schlußworte *in integrum restituam* gleichmäßig gehören. In dem ersten Theile, bis zu den Worten item si quis quid usu suum fecisset, werden einzelne Fälle aufgeführt, in denen einem Abwesenden (im weitren Sinn des W.) andren

Personen gegenüber die Restitution versprochen wird; der zweite Theil, bis zu den Worten item si qua alia rel., enthält einzelne Fälle, in denen umgekehrt andren Personen den Abwesenden gegenüber die Restitution zugesichert wird; am Schluß endlich (s. g. generalis clausula) wird noch ausgesprochen, daß auch noch in andren, als in den ausdrücklich aufgeführten Fällen die Restitution ertheilt werden solle.

I. Im ersten Satze werden als Restitutionsfälle namentlich aufgeführt: wenn Jemand eine Einbuße an seinem Vermögen erlitten oder eine Klage verloren hat, während er aus gerechter Furcht, oder, ohne seinen dolus, reipublicae causa abwesend war (wohin man auch die Soldaten während ihres Dienstes, selbst in der Heimath, zählte, l. 7, l. 35. §. 4, l. 45. h. t., l. 6. C. de rest. milit.), so wie auch, während er sich im Gefängniß, Sklaverei oder in der Gewalt des Feindes befand, sei es, daß er selbst von den Feinden gefangen, oder von einer gefangenen Mutter bei den Feinden geboren ist, l. 15. §. 1. h. t.

II. Die im zweiten Satze aufgeführten Restitutionsfälle sind: wenn ein Andrer etwas aus unsrem Vermögen durch Usukapion oder in Folge eines non usus erworben, oder eine uns gegen einen Andren zustehende Klage durch Zeitablauf erloschen ist, während derselbe abwesend war und nicht vertheidigt wurde, oder sich im Gefängniß befand, oder sich der Klage entzog, oder nicht in jus vozirt werden durfte, oder durch Appellation an einen höheren oder gleichen Magistrat den Fortgang des Prozesses sistirt hatte, so wie auch, wenn uns ohne eigene Verschuldung durch Verweigerung oder Verzögerung der Justiz von Seiten des Gerichts unsre Klage verloren gegangen ist.

III. Neben diesen bestimmten Fällen wird aber noch am Schlusse des Edikts die Klausel hinzugefügt: item si qua alia justa causa esse videbitur, in integrum restituam. Ueber den Sinn dieser Worte und also über die Bedeutung und den Umfang der s. g. rest. ex generali clausula herrscht außerordentlich viel Streit, indem Viele diese Klausel blos auf andere gerechte Gründe der Abwesenheit beziehen, die Mehrzahl der Juristen aber darin die Rechtfertigung des allgemeinen Satzes findet, daß wegen jeder Billigkeit nach dem Ermessen des Richters Restitution ertheilt werden könne, vgl. die bei Glück §. 471. Not. 66. 70. Genannten. Die richtige Meinung liegt gewiß in der Mitte. Daß sich die clausula generalis nicht blos auf Fälle wirklicher Abwesenheit bezog, beweist sich leicht aus vielen nachher anzuführenden Anwendungen, und geht auch schon daraus hervor, weil ja das Edikt selbst durchaus nicht blos Fälle eigentlicher Abwesenheit aufführte (Gefängniß, Sklaverei u. s. w.). Auf der andren Seite darf man auch nicht so weit gehen, und jeden Billigkeitsgrund als zur Restitution hinführend annehmen; sondern alle gesetzlichen Beispiele beziehen sich ohne Ausnahme nur auf Unterlassungen, und es kann also ex generali clausula durchaus nur dann Restitution ertheilt werden, wenn die Wahrnahme oder Geltendmachung, wenigstens die gehörige Wahrnahme eines Rechtes, durch äußere faktische Hindernisse ausgeschlossen worden ist. Der Beweis dieses Satzes liegt in sämmtlichen Anwendungen von jener generalis clausula, die sich in unsren Gesetzen finden. Die vorzüglichsten sind folgende:

1) Wenn das Hinderniß in der Person dessen, welcher die Restitution begehrt, Statt findet, so wird ex clausula generali ein entschuldbares, die Restitution begründendes Hinderniß angenommen in Ansehung der legati civitatis, l. 8. h. t., l. 86. pr. de adquir. hered. (29, 2), der patroni fisci und der Aerzte bei dem Heere, wenn sie ihrer Geschäfte wegen von ihrem Domizil entfernt sind, l. 33. pr. §. 2. h. t., der Frauen von Soldaten und anderen r. p. c. Abwesenden, l. 1. 2. C. de uxor. milit., derjenigen, welche überhaupt vermöge einer rechtlichen Nothwendigkeit abwesend gewesen sind, z. B. eines vadimonii wegen, l. 38. §. 1. h. t., oder als geladene Zeugen in einem Prozeß, l. 26. §. 9. h. t., oder als relegati, l. 26. §. 1, l. 40. §. 1. h. t., so wie auch derjenigen, deren Abwesenheit zwar freiwillig, aber doch durch wichtige Gründe veranlaßt ist, l. 28. pr. h. t., l. 7. §. 12. de minorib., wie z. B. wenn man seiner Studien wegen sich an einem anderen Orte aufhält, l. 28. cit., oder eines Prozesses halber verreist ist, l. 26. §. 9. h. t. Hierher gehört auch, wenn Naturereignisse oder die Gewalt Andrer die Ausübung eines Rechts unmöglich gemacht haben, l. 34. §. 1, l. 35. de serv. praed. rust. (8, 3), l. 14. pr. quemadm. serv. amitt. (8, 6), l. 1. §. 9. de itin. (43, 19), und gewiß wohl auch, wenn sehr entschuldbare Unkunde oder Unerfahrenheit Grund eines Versäumnisses geworden sind, s. oben §. 186. und l. 1. §. 5. de edendo (2, 13), l. 3. §. 31. de SC. Silan. (29, 5), l. 15. §. 5. quod vi aut clam (43, 24), Gai. IV. 125. Wenn aber öfter gelehrt wird, vgl. z. B. Burchardi S. 184, daß auch dann eine Restitution ex generali clausula Statt finde, wenn Jemand durch den Tod übereilt sei, bevor er ein persönlich geltend zu machendes Recht ausüben konnte, in welchem Falle die Erben auf Restitution Anspruch hätten: so läßt sich dieses als allgemeine Regel gewiß nicht billigen, denn ex persona defuncti kann der Erbe keine Restitution verlangen, weil ja der Erblasser gar nicht lädirt war, und ex propria persona darum nicht, weil er nichts versäumt, und also auch keinen Schaden durch Versäumniß erlitten hat; die für ein solches Dogma angeführten l. 30. pr. und l. 86. pr. de acqu. hered. (29, 2) enthalten nur eine singuläre Begünstigung der reipublicae causa absentes, und die l. 3. §. 30—32. de SC. Silan. (29, 5) und l. 12. de Carb. edicto (37, 10) reden gar nicht von eigentlicher in integrum restitutio; vgl. meine Abh. im ziv. Arch. XXIV. S. 181 fgg.

2) Ist dagegen das Hinderniß in der Person dessen begründet, gegen den man sein Recht hätte geltend machen können, so werden ex generali clausula als Restit.-Gründe anerkannt, wenn der Beklagte gezwungen abwesend gewesen ist, z. B. im Exil, l. 26. §. 1. h. t., wenn derselbe eine Person war, die nicht selbst vor Gericht auftreten konnte, und eines Vertreters entbehrte, wie ein Kind oder Wahnsinniger ohne Vormund, l. 22. §. 2. h. t., l. 209. de V. S., l. 124. §. 1. de R. J., wenn der Beklagte Soldat war, und sein Dienstverhältniß der Belangung im Wege stand, l. 28. §. 6, l. 29, l. 30. pr., l. 45. h. t. —

Aus diesem Verzeichniß der gesetzlichen Anwendungen der generalis clausula geht nun auf das Bestimmteste die Wahrheit der obigen Behauptung hervor, daß sich dieselbe durchaus nur darauf bezieht, wenn sich Hindernisse irgend einer Art, also freilich nicht blos Abwesenheit, der Geltendmachung eines

Rechts entgegen stellen, und wenn man also gegen Rechtsgeschäfte oder anderweite Handlungen Restitution begehrt, kann man niemals auf die **generalis clausula**, sondern muß auf einen der bestimmten anderen Restitutionsgründe rekurriren. In der That könnte auch nicht eingesehen werden, aus welchen Gründen die römischen Juristen so genaue Untersuchungen zur Begrenzung der bestimmten **causae restitutionis** vorgenommen hätten, wenn es wahr wäre, daß jede Billigkeit nach dem Ermessen des Richters zur Restitution hätte hinführen können. Die scheinbar sehr allgemeinen Worte, womit Ulpian seinen Kommentar über die **clausula generalis** einleitet (Text 2), können uns das bisherige Resultat nicht zweifelhaft machen, wenn man nur die von Ulpian hinzugefügten Beispiele ins Auge faßt, welche sämmtlich innerhalb der angedeuteten Grenzen bleiben, ja sich nur auf Fälle der wahren Abwesenheit beziehen. Vgl. bes. Francke und Burchardi an den angeff. Orten, u. s. auch Savigny S. 166 fgg.

Anm. 2. Unter den Anwendungsfällen der **generalis clausula** ist in der vorhergehenden Anm. auch der angeführt worden, wenn Irrthum Grund eines Versäumnisses geworden ist. Kann nun auf diesen Grund auch Restitution gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß verlangt werden? Nach römischem Rechte muß die Frage regelmäßig verneint, vgl. auch **l. ult. de in integr. rest.** (wo jedenfalls statt **contra rempublicam** gelesen werden muß: **contra rem judicatam**), und namentlich soll wegen neuer Beweismittel keine Restitution zugelassen werden, **l. 4. C. de re judic. (7, 52): Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res judicatas restaurari exemplo grave est**, und nur aus ganz besonderen Gründen wird davon abgewichen, wie namentlich **in negotio publico, l. 35. de re judic. (42, 1)**, und wenn das Erkenntniß in Folge eines vom Richter aufgelegten Eides gegeben wurde, und der Besiegte nachher neue Urkunden zu seinem Vortheil entdeckt, **l. 31. de jurejur. (12, 2).** Das Kanonische Recht geht von demselben Prinzip aus, vgl. bes. **cap. 20. 21. X. de sent. et re judic. (2, 27)**, und das zu Zeiten dagegen angeführte **cap. 10. X. de in integr. rest. (1, 41)** sagt nur, daß ein Restitutionsgesuch blos aus neuen Gründen wiederholt werden dürfe, vgl. **tit. C. si saep. in integr. rest. post. (2, 44).** Dagegen nahm schon früher die deutsche Praxis eine Restitution auf den Grund neuen Vorbringens auch gegen rechtskräftige Erkenntnisse an, indem sie die **generalis clausula** hierherzog, und dies wurde dann mehrfach durch Reichsgesetze bestätigt, die sich nur gegen chikaneusen Mißbrauch dieser Restitution erklären, vgl. R. A. v. 1533. §. 3. K. G. O. v. 1555. III. 52; Dep. Absch. v. 1600. §. 138. Vornehmlich aber gehören hierher zwei kammergerichtliche gemeine Bescheide vom 7. Juli 1669 und vom 7. Juli 1671 (bei *Emminghaus*, **corp. jur. Germ. II. p. 358** und 384), wo, in dem Bestreben, die Mißbräuche dieser Restitution zu verhüten, eine Bestimmung getroffen wurde, wodurch dieselbe umgekehrt sich ungebührlich erweiterte. Nach diesen Bescheiden nämlich soll, offenbar auf Veranlassung des J. R. A. von 1654. §. 118. von den Prokuratoren, welche die Restitution begehren, ein Kalumnieneid des Inhalts geschworen werden, „daß weder sie, noch ihre Prinzipale und deren Advokaten von solchem neuen Vorbringen vorhero einige Wissenschaft gehabt, oder selbiges zu der Sache dienlich zu sein nicht

vermeint". Dadurch wurde es also gemeinen Rechtens, daß nicht blos wirkliche nova die Restitution begründen sollten, sondern auch schon solche Umstände, die der Parthei nur nicht als relevant erschienen sind, vgl. auch Bickell in der Zeitschrift für Recht und Gesetzg. in Kurhessen Heft 1. S. 161 fgg. Das Detail dieser deutschrechtlichen Restitution gehört natürlich in die Theorie des Zivilprozesses.

Anm. 8. Wenn das Hinderniß an der Wahrnahme unseres Rechts in der Person dessen liegt, gegen den es hätte geltend gemacht werden müssen, so ist es, um Restitution fordern zu können, wesentlich, daß kein Vertreter des Verklagten da gewesen sei, l. 1. §. 1, l. 21. §. 1, l. 23. pr. h. t. Streitig ist es aber in dem Falle, wenn das Hinderniß in der Person des Berechtigten liegt, inwiefern hier etwas auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Stellvertreters ankomme? Soviel ist zwar gewiß, daß der Mangel eines Vertreters im Allgemeinen kein Hinderniß der Restitution ist, es müßte denn Jemand, namentlich bei freiwilliger Abwesenheit, es nicht rechtfertigen können, weßhalb er keinen Bevollmächtigten zur Besorgung seiner Geschäfte zurückgelassen habe, l. 20. pr. de minor., l. 26. §. 1, l. 28. pr. h. t. Kann aber auch der Abwesende, welcher einen Vertreter hat, und dennoch Schaden erlitt, auf Restitution Anspruch machen? Paulus in l. 39. h. t. sagt allgemein: **is qui reipublicae causa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum restitui volens non audietur,** während dagegen Ulpian in l. 26. §. 9. h. t. von den **legati civitatis** sagt: **saepissime constitutum est, adjuvari eum debere, sive habuit procuratorem, sive non,** und auch Macer in l. 8. de in integr. rest. (4, 1) von denjenigen, welche r. p. c. abwesend sind, oder doch **in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sunt,** erklärt, daß sie wegen versäumter Appellation restituirt werden können. Man hat mancherlei Vereinigungs-Versuche dieser angeblich widerstreitenden Gesetze, vgl. Burchardi S. 166 fgg. und die da Angeff., Savigny S. 176 fgg., Fritz in Gieß. Ztschr. N. F. XVII. S. 39 fgg., bes. S. 60 fgg. Das Richtigste ist wohl, in der Stelle des Paulus die Regel unseres Rechts zu finden: daß ein Abwesender, welcher einen Prokurator hat, regelmäßig in Betreff solcher Handlungen nicht restituirt werden kann, die auch der Prokurator hätte vornehmen können. Die Stellen von Ulpian und Macer enthalten dann blos singuläre Bestimmungen für die **legati civitatis** und für versäumte Appellation, vgl. auch Bickell a. a. O. S. 149 fgg., *Staedtler* p. 91 fgg.

BIBLIOTHECA BODLEIANA

Abschnitt VI.

Von der Sicherstellung der Rechte.

Uebersicht. §. 189.

Insbesondere:

1) Protestation und Reservation. §. 190.

2) Kautionen. §. 191.

Dig. II. 8. qui satisdare cogantur vel jurato promittant vel suae promissioni committantur; XLVI. 5. de stipulationibus praetoriis. — Inst. III. 18. de divisione stipulationum, IV. 11. de satisdationibus. — Cod. II. 57. de satisdando. — Schirmer, über die prätor. Judizial-Stipulat. Greifswalde 1853, Keller, Zivilprozeß §. 77.

3) Missiones in possessionem.

Dig. XLII. 4. quibus ex causis in possessionem eatur; XLII. 5. de rebus auctoritate judicis possidendis seu vendundis. — Cod. VII. 72. de bonis auctoritate judicis possidendis seu venundandis et de separationibus bonorum. — *Schroeder*, de nat. et eff. pign. praet. p. 1 sqq., *Stieber*, de bon. emt. ap. veter. Rom. Lips. 1827. §. 10 sqq. p. 26 sqq., Zimmern, Rg. III. §. 76 fgg., *Keller*, Semestria ad M. Tull. Cic. vol. I. p. 44 sqq., Ders. Zivilproz. §. 78. 84, Bachofen in Richter's krit. Jahrb. Bd. XII. (1842) S. 974 fgg., Ders. Pfandr. I. Kap. XIII und XIV. S. 281 fgg., Dernburg, über die emtio bonor. Heidelberg 1850. Abschn. II. S. 33 fgg., Hartmann, über das röm. Kontumazialverfahren. Gött. 1851. Vgl. auch Frei, der Rechtsstreit zwischen Quinctius und Nävius. Zürich 1852.

a) Gründe und Gegenstand. §. 192.

b) Wirkungen. §. 193.

Siebentes Kapitel.

Von der Berechnung der Zeit.

Savigny IV. §. 177 fgg., Wächter, Handb. II. S. 823 fgg., Unger, Syst. II. S. 286 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. Art.: „Zeit" XV. S. 132 fgg.

I. Von den einzelnen Zeitabschnitten. §. 194.

1) *Paul.* l. 8. de feriis (2, 12): More Romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur; itaque quidquid in his XXIV. horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media, actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset.

2) *Idem.* l. 101. de R. J.: Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est; ita enim et imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit.

Anm. Schrader, civ. Abh. Nro. 3. geht davon aus, daß jeder Monat als ein Zwölftel des Jahres zu betrachten sei, und stellt demgemäß die Regel auf, daß bei mehreren Monaten so viele Zwölftel von 365 Tagen in den nächsten ganzen Zahlen angenommen werden müßten, als Monate angegeben seien, so daß also z. B. 2 Monate 61 Tage, 3 Monate 91, 4 Monate 122 Tage u. s. w. enthielten. Für 6 Monate kämen hiernach $182\frac{6}{12}$ Tage heraus, und man habe also eben so gut 182 als 183 Tage annehmen können; die Römer aber hätten sich für das Erste entschieden, wie aus l. 3. §. 12. de suis (38, 16), vgl. mit l. 12. de statu homin. (1, 5), hervorgehe. Früher stellte man dagegen gewöhnlich das Prinzip auf, daß dreißig Tage auf den Monat zu rechnen seien, und gewiß mit Recht ist dieser Grundsatz auch von Reinfelder, der annus

civilis des Röm. Rechts. Stuttg. 1829. S. 116 fgg. ausführlich gegen Schrader vertheidigt worden; vgl. auch Unterholzner, Verj. I. S. 281. Note, Savigny, System IV. S. 337 fgg., Puchta, Pand. §. 74. Note d, Vorles. I. ad h. l., Boecking, Instit. und Pand. I. §. 121 a. E. Note 14 fgg. Schraders Meinung beruht nämlich in der That auf einer einzigen Stelle, der l. 101. de R. J., die überdies von Seiten der Kritik angefochten ist, indem nach mehreren Pandekten-Handschriften die Worte *et primo* hinter sexagesimo ausfallen müssen, Reinfelder S. 145 fgg. Daß auch die Basiliken II. 3. 101. und *Eustathius* diese Lesart unterstützen, wie noch Reinfelder S. 150 annimmt, scheint freilich jetzt nach den neuen vor uns liegenden Ausgaben problematisch, s. Basil. edid. Heimbach I. p. 71. und Eustath. edid. Zachariae p. 149; aber dennoch spricht Manches dafür, daß die Worte et primo nichts sind, als eine vermeintliche Emendation, die sich schon sehr frühe in Handschriften eingeschlichen hat; ob der ursprüngliche Text gelautet habe: sexagesimo et premo [i. e. *postremo*], wie Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. II. S. 169 vermuthet, in welchem Falle sich freilich die Veränderung in et primo noch leichter erklären ließe, mag dahin gestellt bleiben. Halten wir aber auch die Lesart der Florent. und der weit meisten Vulgatmss. fest, wofür doch wohl die überwiegenden Gründe sprechen, so kann doch aus dieser l. 101. cit. nichts weiter gefolgert werden, als daß durch kaiserliche Reskripte die zwei Monate der lex Julia muncipalis ausnahmsweise für eine Zeit von 61 Tagen erklärt worden sind, vgl. auch l. 2. C. Th. de decur. (12, 1), und durch die unbedachtsame Aufnahme dieser Stelle in die Pandekten — wodurch die spezielle Beziehung auf die lex Julia verwischt worden ist — sind wir dann freilich genöthigt, diese Entscheidung jetzt überall in Anwendung zu bringen, wo die Gesetze eine Frist von zwei Monaten erwähnen, vgl. Bachofen in Gieß. Zeitschr. XVIII. S. 353 fgg., Heimbach a. a. O. S. 178 fgg., *Krueger*, de temp. com. p. 40 sqq. — Wenn sich Schrader noch auf l. 3. §. 12. cit. beruft, so ist dies gewiß irrig, denn nach seiner Meinung würde doch jeden Falls der 182te Tag noch zum 6ten Monat gehören, nach dieser Stelle aber in Verbindung mit l. 12. cit. gehört derselbe schon zum 7ten Monate, und man kann hier auch nicht, wie Schrader will, durch Herbeiziehung der Zivilkomputation helfen. Das Natürlichste ist gewiß, da sich diese Stelle mit keiner von den beiden Meinungen vereinigen läßt, die Worte septimo mense in l. 12. cit. für einen der Kürze wegen beliebten, etwas ungenauen Ausdruck des Paulus zu erklären, vgl auch v. Buchholtz jurist. Abh. Nr. 14. [Eben dies ist wohl auch von l. ult. C. de temporib. appell. zu sagen, wo eine Frist von 3 Monaten durch 93 Tage erklärt wird. Abgesehen aber von solchen einzelnen ungenauen Stellen liegt in den meisten Gesetzen ganz klar Reinfelder's Meinung zu Grunde, vgl. l. 40. de R. C. (12, 1) — l. 11. §. 6, l. 29, §. 5. ad leg. Jul. de adult. (48, 5), l. 1. §. 10. ad SC. Turpill. (48, 16) — Censorin. de die nat. c. 9. 11. vgl. mit Paul. rec. sent. IV. 9. §. 5. — l. 28, l. 31. §. 22. de aedil. edicto (21, 1) — l. 22. §. 1. 2. C. de jure delib. (6, 30) — Nov. 115. c. 2. — Bequemer und sachgemäßer würde es wohl allerdings sein, Statt der 30 Tage den Monat vielmehr von einem bestimmten Kalendertag an bis zu dem wiederkehrenden Kalendertag zu zählen, so daß z. B. ein Zeitraum von 3 Monaten,

welcher am 6. März beginnt, mit dem 6. Juni enden würde. Bei den Römern konnte diese Zählungsart schon wegen der beweglichen Nonen und Iden nicht wohl angewendet werden, und wenn sich auch einzelne Hindeutungeu darauf in unsren Quellen finden, vgl. l. 7. §. 1. 2. sol. matr. (24, 3) und l. 2. C. Th. de decur. (12, 1), so muß doch der Versuch von Bachofen a. a. O. S. 358 fgg. und Heimbach S. 182 fgg., dieselbe als die regelmäßige des römischen Rechts nachzuweisen, als mißlungen angesehen werden. Aber auch die bisweilen (vgl. z. B. Wächter, Handb. II. S. 824 fgg.) aufgestellte Behauptung, daß in unsrem heutigen Rechtsleben durch Gewohnheitsrecht die Zählung von Kalendertag zu Kalendertag an die Stelle der römischen 30 Tage getreten sei, läßt sich gemeinrechtlich nicht begründen, und noch unhaltbarer ist die Mittelmeinung, welche Savigny S. 341 vertheidigt, daß die 30 Tage des römischen Rechts nur auf diejenigen Monatsfristen anzuwenden seien, welche schon im römischen Rechte selbst angeordnet seien, während in allen andren Fällen die Zählung von Kalendertag zu Kalendertag Platz greife!

II. Tempus continuum und utile. §. 195.

Haubold, de temporis continui et utilis computatione. Lips. 1791 (auch in Dessen opusc. edid. Wenck. I. p. 397 sqq.), Gmelin, über die stete und zusammengesetzte Zeit nach römischen Rechtsprinzipien; in dem krit. Archiv von Danz, Gmelin und Tafinger. Bd. II. (1802) S. 193 fgg., Savigny, System IV. §. 189 fgg. S. 421 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. XV. S. 193 fgg. — Gegen die wunderliche Ansicht von Elvers über den annus utilis der actiones honorariae, in dessen neuer Themis Bd. I. (1838) S. 125 fgg., vgl. besonders Arndts in Gießer Zeitschrift XIV. S. 1 fgg., und s. auch Savigny S. 451 fgg., Heimbach S. 207 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. de divers. temp. praescript. (44, 3): Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit, experiundi potestatem habere. Et quidem inprimis exigendum est, ut sit facultas agendi; neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive reipublicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiri, neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere

eum, qui Praetoris copiam non habuit; proinde hi dies cedunt, quibus jus Praetor reddit.

2) *Ulp.* l. 2. pr. quis ordo in poss. serv. (38, 15): Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit, et potuerit admittere; ceterum quocunque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat.

III. Computatio civilis und naturalis. §. 196.

Rücker, de civili et naturali temporis computatione. Lugd. Bat. 1749, Koch, Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren, Zivilkomputation und Schalttag. Gießen 1796, Dess. Bestätigung d. Belehrungen &c. 1798, Hagemeister, über die Mündigkeit zum Testiren, in Hugo's zivil. Magazin III. 1, Gmelin, über Zeit und Zeitberechnungen nach römischen Rechtsprinzipien, im krit. Archiv von Danz, Gmelin und Tafinger Bd. I. H. I. (1801) S. 577 fgg., Erb, über den annus civilis, in Hugo's ziv. Mag. V. 8, Schweppe, röm. Berechnung des Anfangs und Schlusses eines Zeitraums, in seinem jur. Magazin. H. 1. Nr. 9. S. 116 fgg. Unterholzner, Verjährungslehre Bd. I. §. 90, Löhr, über civilis computatio, im ziv. Archiv XI. S. 411 fgg., Reinfelder, der annus civilis. Stuttg. 1829, meine Schrift über die Latiui Juniani. Marb. 1833. S. 172 fgg., Hameaux die usucapio und l. t. praescr. Gießen 1835. §. 21. S. 180 fgg., Göschen, Vorles. über das gem. Zivilr. Bd. I. §. 199 fgg. S. 586 fgg., Savigny, System IV. §. 182 fgg. S. 347 fgg., Puchta, Lehrbuch §. 75, Vorles. I. ad h. l. und Beil. IV. (4te Ausg. S. 168 fgg. und S. 462 fgg.), Kurs. der Instit. II. §. 199, Boecking, Instit. und Pand. I. §. 122, Bachofen, zur Lehre von der zivilen Berechnung der Zeit, in der Gießer Zeitschrift XVIII. S. 38 fgg. S. 335 fgg., Huschke, zur Lehre von der civ. und nat. temporis computatio, in der Gießer Zeitschrift neue Folge II. S. 166 fgg., Arndts, Lehrb. §. 89, Wächter, Handb. II. S. 827 fgg., Unger, System II. §. 106. S. 291 fgg., Heimbach im Rechtslex. XV. S. 141 fgg., *Krueger*, de temporum computatione Romanor. Berol. 1861.

Anm. Unverkennbar kommen im römischen Rechte drei verschiedene Zeitberechnungen vor:

1) Ein Jahr, welches von irgend einem Moment des ersten Januar anfängt, wird als beendigt angenommen im ersten Moment des 31ten Dezember, also nach 12 Uhr Nachts zwischen dem 30ten und 31ten Dezember.

a) Ulpian in l. 5. qui test. fac. poss. (28, 1) sagt: **A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis autem duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone, aliquem Kalendis Januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere.** ***Plus arbitror, etiam si pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum;*** **jam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur.** Die namentlich auch noch in neuerer Zeit auf mehrfache Weise versuchte Deutung: es müsse hier an die Nacht zwischen dem 31ten December und dem 1ten Januar gedacht werden, vgl. Gmelin a. a. O. S. 607 fgg., Unterholzner, Verj. I. S. 304 fgg., Göschen S. 591 fgg., Savigny S. 381 fgg., ist gewiß irrig, und noch in höherem Grade die Meinung von Pagenstecher **comm. in S. Pomponii ad Sabinum libros IV. Lemgov. 1734. P. I. p. 43 sqq.,** man müsse an die Nacht zwischen dem 30ten und 31ten Dez. vor dem vierzehnten Geburtstage denken, so daß — ähnlich, wie in dem Falle der **l. 8. de muner. (50, 4)** — ein ganzes Jahr geschenkt werde („**ex ipsa lege constat, totum ultimum annum coeptum pro completo haberi**" **Pagenst. §. VIII.**). Doch findet sich die letztere Ansicht, wenigstens den Worten nach, auch im deutschen Korp. **jur. III.** S. 6. („gerade an seinem 14ten Geburtstage"). Die richtige Erklärung s. bei Koch, Belehrungen S. 95 fgg., und besonders bei Reinfelder, der **annus civilis** S. 32 fgg. und Bachofen S. 335 fgg.; s. auch Löhr a. a. O. S. 421, Heimbach S. 169 fgg., *Krueger* p. 25 sqq.

b) *Ulp.* in l. 1. de **manumiss. (40, 1): Placuit eum, qui Kalendis Januar. natus post sextam noctis pridie Kalend. quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere; non enim majori viginti annis permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari; jam autem non minor est, qui diem supremum agit anni vicesimi.** Dieselben falschen Erklärungen, wie bei der vorigen Stelle finden sich auch hier; siehe aber Reinfelder S. 54 fgg. S. 60 fgg., Löhr S. 422, Bachofen S. 71 fgg., Heimbach S. 163 fgg., *Krueger* p. 24 sqq.

c) Paulus in l. 134. de V. S.: **Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo quinquagesimo quinto die dicitur, incipiente plane non exacto die, quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus. (Cf.** ***Paul.*** **l. 132. eod.: Anniculus amittitur, qui extremo anni die moritur, et consuetudo loquendi, id ita esse, declarat, ante diem decimum Kalendarum, post diem decimum Kal.; neque utro enim sermone undecim dies significantur).** Unterholzner S. 319. und

Savigny S. 377 fgg. denken freilich auch hier an den ersten Moment des wiederkehrenden Geburtstags, indem sie die 365 Tage von dem Tage nach der Geburt zu zählen anfangen, aber gewiß sehr mit Unrecht, Reinfelder S. 64 fgg., S. 101, Löhr S. 420, Bachofen S. 74 fgg., Heimbach S. 165 fgg., *Krueger* p. 26 sqq.

d) Venulejus in l. 15. pr. de divers. temporal. praescript. (44, 3): **In usucapione ita servatur, ut, etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilo minus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus**; womit verbinden ist *Ulp.* in l. 6. und l. 7. de usuc. (41, 3): **In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus.** l. 7. **Ideoque qui hora sexta diei Kalend. Januar. possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kal. Januar. implet usucapionem.** Betrachtet man diese Stellen unbefangen, so kann man darin nur wieder dieselbe Zeitrechnung finden, wie in den früher angeführten Gesetzen, also, daß das Jahr mit dem ersten Moment des 31ten Dezember als abgelaufen angenommen wird, und dies bestätigt auch Paulus in l. 12. §. 5. de Public. in rem act. (6, 2): **Publiciana in rem actione etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus**, Reinfelder S. 70 fgg., v. Löhr S. 422 fgg. — Daß diese Gesetze von denen, welche die bei a—c bemerkten Stellen abweichend erklären, ebenfalls so gedeutet werden, daß hier der Anfang des ersten Januar gemeint sei, ist freilich natürlich, vgl. z. B. Unterholzner S. 302 fgg., Göschen S. 589 fgg., Savigny S. 364 fgg., aber diese Deutung findet sich selbst bei solchen, die in Ansehung der früher angeführten Gesetze die richtige Interpretation annehmen, namentlich bei Erb S. 189 fgg., Schweppe in seinem juristischen Mag. No. 9, *Krueger* p. 22 sq. p. 33 sqq. und auch Koch a. a. O. S. 89 fgg. glaubt wenigstens die Stelle von Venulejus so verstehen zu müssen, während er allerdings die Stellen des Ulpian richtig auslegt, und umgekehrt fassen Bachofen S. 66 fgg., Huschke S. 172 fgg. und Heimbach S. 160 fgg. zwar den Ausspruch von Venulejus richtig, die Stellen von Ulpian dagegen so auf, daß hier der Ablauf des 31. Dezember zur Vollendung der Usukapion erfordert werde. — Der Hauptgrund dieser so sehr verbreiteten falschen Auslegungen liegt in dem Irrthum, daß **sexta hora noctis** die Stunde von 11 bis 12 sei, wornach freilich **sexta horis noctis pridie Kal. Jan.** nur auf die Schlußstunde des 31. Dezember bezogen werden konnte; es ist dies aber gewiß falsch, da **sexta bora** hier nicht einen Zeitraum, sondern einen Moment, nämlich gerade 12 Uhr Mitternachts andeutet, Reinfelder S. 91 fgg. Dann beruft man sich aber auch noch vorzüglich für die gegnerische Meinung auf *Gell.* **N. A. III. c. 2. i. f.: Q. quoque Mucium ICtum dicere solitum legi, lege non isse usurpatum mulierem, quae Kal. Jan. apud virum causa matrimonii esse coepisset, et ante diem quartum Kal. Januarias sequentes usurpatum isset.** Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis. Man muß wohl zugeben, daß man, ohne der Sprache Gewalt anzuthun, diese Stelle nicht mit Reinfelder S. 169 fgg.

so auslegen darf, daß man das ante diem quartum Kal. Jan. von dem Tage vor dem dies quartus, also von dem 28. Dez. versteht, wo dann freilich dieselbe Rechnung, wie in den andren von Usukapion sprechenden Stellen vorliegen würde. Vielmehr hat Q. Mucius nach der Relation von Gellius wirklich angenommen, daß zum Zwecke der usurpatio der Frau noch der ganze 31. Dezember zu Gute komme, und daraus ist die Folgerung unvermeidlich, daß der usus nicht schon mit dem Anfang, sondern erst mit dem Ablauf des 31. Dez. vollendet wurde. Hat uns Gellius wirklich die Meinung von Skävola getreu referirt — ein Mißverständniß war aber gerade hier sehr leicht möglich! — so ging dieser Jurist höchst wahrscheinlich bei dem usus nicht von dem Gesichtspunkt eines Erwerbs für den Mann aus, sondern faßte dabei vorzüglich den Verlust der Selbstständigkeit für die Frau auf, vgl. Puchta, Kurs. II. a. a. O. 5. Aufl. S. 336 fgg., Vorl. I. 4. Aufl. S. 466, Böcking, Institut. und Pand. a. a. O. Not. 14, unter welcher Voraussetzung seine Rechnung völlig mit den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts übereinstimmt. Diese Annahme scheint mir auch natürlicher, als die von Huschke S. 173 fgg., welcher zwischen *usurpatio* und *usucapio* unterscheiden will; die letztere sei allerdings vollendet mit dem Anfang des letzten Tages, zu der erstren aber könne noch der ganze letzte Tag benutzt werden, in welchem Falle dann die vollendete Usukapion wieder rückgängig gemacht werde; und durch diese Betrachtung will denn auch Huschke nicht blos die Stelle des Gellius erklären, sondern auch den von ihm angenommenen Widerspruch zwischen Ulpian und Venulejus (s. oben) in der Weise vermitteln, daß Ulpian auf die usurpatio Rücksicht genommen, während Venulejus die usucapio rein für sich ins Auge gefaßt habe. Mir will es wenig glaublich dünken, daß man gegen eine bereits vollendete Usukapion noch eine usurpatio (also eine *interruptio* usucapionis, l. 2. de usurp.) zugelassen haben sollte! Welche Meinung man aber auch über die Stelle des Gellius haben mag, so scheint mir in jedem Falle so viel gewiß, daß die abweichende Rechnung eines so alten Juristen, wie Q. Mucius, die wir überdies nur aus der leicht irrigen Relation eines Nichtjuristen kennen, unmöglich einen Beweis für die Rechtsansicht eines Ulpian, Paulus u. A. abgeben kann.

e) Celsus in l. 49. de condit. et dem. (35, 1) Si in annos decem heres dare damnatus aut quis liber esse jussus est, novissimo ejus temporis die legatum debebitur et libertas obtingit. Hier ist von dem Erwerb eines Legatenrechts die Rede, und dieser Erwerb wird angenommen mit dem Eintritt des letzten Tags im 10. Jahre („novissimo ejus temporis die"), so daß also dies legati cedit, wenn der Legatar nur den Anfang dieses Tags erlebt hat, sollte er auch im Laufe desselben gestorben sein, vgl. auch Huschke S. 171. Not. *).

2) Ein Jahr, welches von irgend einem Moment des ersten Januar anfängt, wird als beendigt angenommen im letzten Moment des 31ten Dezember, also um 12 Uhr Nachts zwischen dem 31. Dez. und dem 1ten Januar:

a) Paulus in l. 6. de O. et A. (44, 7): In omnibus temporalibus actionibus, *nisi novissimus totus dies compleatur*, non finitur obligatio. Diese Stelle mit den meisten Aeltern von einer computatio a momento ad

momentum zu verstehen, Glück V. S. 567, giebt es eben so wenig Grund, als mit Unterholzner S. 296 fgg., Savigny S. 389 fgg. u. A. den novissimus dies als den wiederkehrenden Kalendertag anzusehen, so daß also in unserm Beispiele der letzte Moment des ersten Januar abgelaufen sein müßte. Die richtige Erklärung findet sich bei Erb S. 202; s. auch Reinfelder S. 111 fgg., Bachofen S. 342 fgg., Heimbach S. 172 fgg.

b) Paulus in l. 101. de R. J. (s. §. 194. 2). Der Sinn kann nur der sein: wenn das Gesetz (— wahrscheinlich hat Paulus die lex Julia municipalis im Auge, vgl. *J. Gothofred.* ad h. l., Savigny S. 393 fgg.—) eine zweimonatliche Frist setzt, so muß der Richter auch noch den hören, welcher im Laufe des letzten Tages selbst erscheint, so daß also die Frist nicht schon mit dem Anfang, sondern erst am Ende des letzten Tages abgelaufen ist. — Der im §. 194 berührte Streit über die Lesart dieser Stelle ist für unsre jetzige Betrachtung ganz gleichgiltig; mag man je nach Verschiedenheit der Lesart zwei Monate für einen Zeitraum von 60 oder von 61 Tagen nehmen, so ist doch in jedem Falle aus unsrer Stelle soviel gewiß, daß noch der ganze letzte Tag dieser zwei Monate zum Vorschützen der Exkusation benutzt werden darf.

c) Paulus in l. 30. §. 1. ad leg. Jul. de adulter. (48, 5): Sexaginta dies a divortio numerantur: *in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est;* also: die sechzig Tage, innerhalb derer der Vater oder der Mann der Ehebrecherin jure patris vel mariti akkusiren können, werden so gerechnet, daß auch noch der ganze sechzigste Tag den Anklägern zu Gute kommt. Die Behauptung Savigny's S. 400 fgg., daß hier der Tag des divortium selbst nicht mitgezählt sei, so daß also, wenn man von diesem die Rechnung anfange, die Anklage noch am ein und sechzigsten Tage zuläßig sei, entbehrt eines jeden haltbaren Grundes; vgl. auch Bachofen S. 350 fgg.

d) *Ulp.* l. 1. §. 9. de succ. ed. (38, 9): Quod dicimus, intra dies centum bonorum possessionem peti posse, ita intelligendum est, *ut et ipso die centesimo bonorum possessio peti possit*, quemadmodum intra Kalendas etiam ipsae Kalendae sint. Das klare Ergebniß dieser Stelle ist das, daß die bekannte Agnitionsfrist der bonor. possessio von 100 Tagen auch dann gewahrt ist, wenn der berufene Erbe noch im Laufe des 100. Tags die Agnition vornimmt, daß also die Frist nicht schon am Anfang, sondern erst am Ende dieses Tags als geschlossen angenommen werden kann. Wenn Savigny S. 402 fgg. auch für diesen Fall annimmt, der Tag der Erbschafts-Delation selbst sei vom Juristen nicht mitgezählt, so daß also in Wahrheit noch am 101. Tag die Agnition geschehen könne, so sucht man auch hier vergeblich nach einem genügenden Grunde für eine solche willkürliche Behauptung.

e) Aus l. 1. §. 5. 6. quando appellandum sit (49, 4) erhellt, daß das frühere Appellations-Fatale, das biduum vel triduum, so berechnet wurde, daß der Tag, an dem die Sentenz publizirt wurde, als der erste galt, und außer diesem dann noch ein zweiter, und resp. ein dritter ganzer Tag gestattet war: Biduum vel triduum *ex die* (also nicht a momento) sententiae latae computandum erit. — — Quod in sententiis praeceptum est, *ut vel altera die* vel *tertia* provocetur, hoc etiam rel.

3) Ein Jahr, welches mit einem bestimmten Moment des ersten Januar anfängt, wird als beendigt angesehen mit demselben Moment des wiederkehrenden ersten Januar.

a) *Ulp.* in l. 3. §. 3. de minor. (4, 4); Minorem autem XXV. annis natu videndum, an etiam diem natalis sui adhuc dicimus, ante horam, qua natus est, ut, si captus sit, restituatur? et quum nondum compleverit, ita erit dicendum, ut a momento in momentum tempus spectetur. Also wenn Jemand am 1ten Januar um 12 Uhr Mittags geboren ist, so kann er sich qua minor gegen die Geschäfte restituiren lassen, die er an seinem 26ten Geburtstage des Morgens vor 12 Uhr abgeschlossen hat. (Ueber die richtige Interpunktion dieser Stelle s. *Mühlenbruch,* obs. jur. Rom. spec. I. pag. 36, *Wenck,* magister Vacarius p. 205).

b) Hierher gehört auch wohl die Justinianische Vorschrift über das neue Appellations-Fatale in Nov. 23. c. 1.: Et sancimus, omnes appellationes — posse *intra decem dierum spatium a recitatione sententiae numerandum,* judicibus ab iis, quorum interest, offerri: denn der Sinn dieser Worte ist doch wohl der, daß die Appellation innerhalb zehnmal 24 Stunden von dem Augenblick des publizirten Erkenntnisses an, eingelegt werden müsse.

Hieraus ergeben sich folgende Resultate: Es giebt eine zweifache Art der Zeitberechnung, computatio a momento ad momentum (s. g. computatio naturalis), und die computatio ad dies (comp. civilis), ein Gegensatz, welcher besonders scharf in l. 134. de V. S. hervorgehoben wird, vgl. auch l. 3 §. 3. de minorib., l. 6. de usurp. Das Wesen der letzteren aber besteht darin, daß dabei nur nach ganzen Tagen gerechnet, also der ganze Tag nur als ein Moment angesehen wird, so daß in demselben keine weiteren Abschnitte mehr unterschieden werden können, und zwar gilt dies natürlich eben so sehr von dem Anfangs- wie von dem Schlußtage, so daß also z. B., wenn ein Ereigniß, von welchem an ein Jahr civiliter berechnet werden soll, in irgend einer der 24 Stunden des 1. Januar vorgekommen ist, immer dieser ganze 1. Januar den ersten Tag bildet, woraus dann weiter von selbst folgt, daß nie der wiederkehrende Kalendertag, sondern immer der demselben vorhergehende (also in unsrem Beispiele der 31. Dezember) der letzte Tag des annus civilis ist. Geht man aber hiervon aus, so läßt sich bei der Zivil-Komputation eben so gut der Anfangs- wie der Schlußmoment des letzten Tages als Schlußpunkt des ganzen Zeitraums ansehen, und wirklich kommt Beides vor, nach dem einfachen Prinzip: der Anfangspunkt des letzten Tages entscheidet, wenn der Zeitablauf unmittelbar die Begründung eines Rechts bezweckt (Gesetze bei No. 1.); umgekehrt aber muß der ganze letzte Tag abgelaufen sein, wenn der Zeitablauf unmittelbar einen Nachtheil herbeiführen soll (Gesetze bei No. 2). Vgl. auch meine Schrift über die Latini Juniani. Marb. 1833. S. 172 fgg., und jetzt auch Puchta, Huschke, Boecking, Arndts a. d. aa. OO. Die Natural-Komputation (Gesetze bei No. 3) bildet aber nur die Ausnahme; denn daß die comp. civilis als die regelmäßige Berechnungsart erscheint, wird schon durch den inneren Grund bewiesen, daß nur in den seltensten Fällen die Stunde oder gar die Minute

bemerkt wird, in der ein bestimmtes Ereign ß eintrat, so daß schon deßhalb die Rechnung nach ganzen Tagen als die natürlichere erscheint; ein Grund, der bei den Römern wegen Unvollkommenheit der chronometrischen Instrumente noch bedeutender wirken mußte, als bei uns. Dazu kommt aber der wichtige äußere Grund, daß, während die comp. civil. an sehr vielen Orten und zwar immer so erwähnt wird, als wenn sich deren Annahme von selbst verstände, die comp. nat. nur in ausnehmend wenigen Fällen — meines Wissens nur in den zwei bei No. 3. angeführten — vorkommt. Wenn nämlich v. Löhr a. a. O. S. 413. auch noch eine Natural-Komputation in §. ult. J. qui et quib. ex caus. manum. n. poss. (1, 6), l. 1. §. 3. de postul. (3, 1), l. 4. de R. N. (23, 2), l. 24. C. de nupt. (5, 4), *Theoph.* I. 6. §. 7. und I. 10. pr. finden will, so ist dies ganz gewiß nicht zu billigen, da auch keine einzige unter den angeführten Stellen den Zweck hat, die Art und Weise der Berechnung anzugeben, und in allen auch die Zivil-Komputation als zu Gruude liegend angenommen werden kann. —

Von dieser Darstellung weichen aber freilich die Ansichten unserer Juristen sehr beträchtlich ab. Abgesehen von den älteren regelmäßig ganz ungenügenden Ausführungen sind insbes. folgende zu bemerken: 1) Koch in der angef. Abh., wozu auch noch dess. „Bestätigung der Belehrungen über Mündigkeit“ hinzukommt, glaubt, daß vor Marcian und Ulpian die römischen Juristen das Wesen der Zivil-Komputation dareingesetzt hätten, daß das Ende des letzten Tages (in unserem obigen Beispiele des 31ten Dezember) eingetreten sein müsse; durch Marcian und Ulpian aber sei die neue Theorie aufgekommen, schon den Anfang dieses Tages für genügend zu halten, und diese neue Theorie habe den Beifall der Gesetzgebung erhalten — 2) Hagemeister in Hugo's ziv. Mag. III. 1. stimmt im dogmatischen Resultate ganz mit Koch überein, und sucht nur auszuführen, daß die angeblich neue Marcian-Ulpianische Lehre von jeher bei den Römern anerkannt gewesen sei, uud dabei auch gar nichts Singuläres und Auffallendes vorkomme. — 3) Auch Gmelin in der angef. Abh. faßt das Wesen der Zivil-Komp. so auf, daß darnach immer der Anfang des letzten Tags den Zeitraum beschließe, aber als letzten Tag eines annus civilis nimmt er den wiederkehrenden Kalendertag (in unsrem Beispiele also nicht, wie Koch und Hagemeister, den 31. Dez., sondern vielmehr den 1. Januar) an; diese Berechnung trete aber nur in einzelnen gesetzlich bestimmten Fällen (Usukapion, Testamentsmündigkeit u. s. w.) ein; die Regel aber bilde die Natural-Komputation. — 4) Erb in der angef. Abh. nimmt als Regel für die Zivil-Komputation an, daß der letzte Tag (also in unserem Beispiele der 31. Dez.) abgelaufen sein müsse, eine Regel, die namentlich bei der Usukapion angewendet werde. Nur in drei Fällen trete ausnahmsweise die andere Rechnung ein, daß schon der Anfang des letzten Tages genüge, nämlich bei der Testaments-Mündigkeit, der Manumissionsfähigkeit, und der Altersberechnung des anniculus; vgl. auch Schweppe in seinem Magaz. I. 9., Roßhirt, Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts. S. 395 fgg. und jetzt auch Bachofen, Wächter, Heimbach, *Krueger* a. d. aa. OO. — 5) Unterholzner a. a. O. nimmt dasselbe Prinzip wie Erb für die Zivil-Komputation an. Nur läugnet er jene drei angeblichen Ausnahmsfälle,

indem er auch in ihnen den Schluß des 31ten Dez. als den Schlußmoment des Jahres annimmt. In einem Falle soll sogar der Ablauf des 1ten Januar erforderlich sein, l. 6. de O. et A.; vgl. auch Göschen a. a. O. — 6) Löhr und Reinfelder a. d. aa. OO. nehmen dagegen wieder, unabhängig von einander, die von Koch und Hagemeister vertheidigte Meinung über das Wesen der Zivil-Komputation an, und statuiren dieselbe namentlich auch bei der Verjährung. Darin aber weichen sie von einander ab, daß Löhr die ganze Zivil-Komputation nur wie eine Singularität betrachtet, die über die einzelnen gesetzlichen Fälle hinaus nicht anzuwenden sei, s. auch Hameaux a. a. O. S. 180 fgg., während Reinfelder darin die regelmäßige Berechnungsart des Zivilrechts erblickt, und sie also als Regel in dem Kreise des Zivilrechts, aber auch nur in diesem anwenden will. — 7) Savigny a. a. O. ist in zwei Hauptpunkten ganz mit unserer obigen Darstellung einverstanden, nämlich einmal, daß die Zivilkomp. die entschiedene Regel des röm. Rechts bilde, und zweitens, daß nach der Zivilkomp. bald der Anfang, bald das Ende des letzten Tags den Schlußpunkt des ganzen Zeitraums bilde, je nachdem von einem Erwerbe oder einem Verluste von Rechten die Rede ist; darin aber weicht Savigny wesentlich von uns ab, daß er als letzten Tag, eben so wie Gmelin, den wiederkehrenden Kalendertag auffaßt, und also in unsrem Beispiele nicht den Anfang oder das Ende des 31. Dez. sondern vielmehr den Anfang oder das Ende des wiederkehrenden 1. Januar als Schlußpunkt des annus civilis annimmt. Ich kann in dieser Abweichung nur einen offensichtlichen Verstoß gegen das Prinzip der Zivilkomputation erkennen, denn wenn man vom 1. Januar als einer Einheit das Jahr zu zählen anfängt, so ist offenbar der 31. Dez. und nicht der wiederkehrende 1. Januar der 365. Tag. Auf den 1. Januar kann man nur dann kommen, wenn man von einer bestimmten Stunde des 1. Januar, etwa von 12 Uhr Mittags, an zu zählen beginnt, indem dann freilich ein Stück des wiederkehrenden 1. Januar in den 365. Tag fallen würde; aber auch selbst nach dieser, mit dem Wesen der Zivilkomp. ganz unvereinbaren Rechnung würde doch der Anfang des letzten Tags jedenfalls in den 31. Dez. fallen, und es wäre also selbst darnach kein Grund vorhanden, den 1. Januar als den letzten Tag aufzufassen. Zu welchen gezwungenen und unstatthaften Interpretationen überdies Savigny zur Rettung seiner vorgefaßten Ansichten seine Zuflucht nehmen muß, geht von selbst aus den obigen Andeutungen hervor. Gewiß mit Recht haben sich auch bereits die meisten Neueren mit Bestimmtheit gegen diese Theorie Savigny's ausgesprochen, vgl. namentlich Puchta, Bachofen, Boecking, Huschke, Arndts, Unger, Heimbach, *Krueger* a. d. aa. OO., obwohl dieselbe doch auch einige Vertheidiger gefunden hat, namentlich Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 26. und Holzschuher, Theorie nnd Kasuistik des gem. Zivilr. I. S. 365 fgg.

IV. Vom Schalttag. §. 197.

Breuning, diss. ad Celsum in l. 98. de V. S. Lips. 1757, *Majansius*, ad XXX. ICtorum fragmenta I. p. 101 sqq., Glück,

Komm. III. §. 269. c. 2. Aufl. S. 574 fgg. V. §. 457. S. 542 fgg., Koch, Belehrungen rc. (s. d. vor. §en) §. 9, Bestätig. d. Belehr. S. 32 fgg., Gmelin (s. d. vor. §en) §. 8 und 14, S. 588 fgg., S. 601 fgg., Unterholzner, Verjährungsl. I. §. 86, Göschen, Vorles. I. §. 197. S. 580 fgg., Savigny, Syst. IV. §. 192 fgg. S. 453 fgg., *de Gröning*, quaestiones et controversiae de die intercalari, Gött. 1843, Heimbach a. a. O. S. 215 fgg.

1) *Cels.* l. 98. de V. S.: Quum bisextum Kalendis est, nihil refert, utrum priore an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Kalendas ejus natalis dies est; nam id biduum pro uno die habetur, sed posterior dies intercalatur, non prior. Ideo quo anno intercalatum non est, sexto Kalendas natus, quum bisextum Kalendis est, priorem diem natalem habet. §. 1. Cato putat, mensem intercalarem additicium esse, omnesque ejus dies pro momento temporis observat, extremoque diei mensis Februarii attribuit Q. Mucius. §. 2. Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo.

2) *Ulp.* l. 3. §. 3. de minor. (4, 4): — — Proinde et si bisexto natus est, sive priore sive posteriore die, Celsus scripsit nihil referre, nam id biduum pro uno die habetur, et posterior dies Kalendarum intercalatur.

3) *Marcell.* l. 2. de divers. temp. praescr. (44. 3): In tempore constituto judicatis, an intercalaris dies proficere judicato necne debeat, quaeritur; item de tempore, quo lis perit? Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet, aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque [praetoriaeque? vgl. Boecking, Instit. §. 121. Not. 7.] actiones. Et [set? vgl. *Bynkershoeck*, obss. IV. 8, Savigny S. 465.] si quis fundum ea lege vendiderit, ut nisi in diebus XXX. pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet emtori? [die gewöhnliche Lesart tempori ist aus einer irrigen Auflösung der Flor.: proficietempori entstanden, vgl. auch Basil. LI. 3. 2.: *τῷ ἀγοραστῇ*] Mihi contra videtur.

Anm. Um die folgenden Erörterungen über den Schalttag vollständig aufzufassen, muß man sich an die Eigenheit des römischen Kalenders erinnern, wornach die Monatstage nicht wie bei uns vom ersten an in fortlaufender

Reihe gezählt werden, sondern rückwärts von den Kalenden, Nonen und Iden, so daß die letzten Tage des Februar nach dem römischen Kalender folgender Maßen bezeichnet werden:

23. Februar	dies VII [ante] Kal. Mart. (Terminalia)					
24. Febr.	d.	VI	„	„	„	(Regifugium).
25. Febr.	d.	V	„	„	„	
26. Febr.	d.	IV	„	„	„	
27. Febr.	d.	III	„	„	„	
28. Febr.	pridie Kal. Mart.					

Was nun aber insbesondere den Schalttag anbelangt, so kommt es hierbei vorzüglich auf folgende Punkte an:

I. Nach dem Vorjulianischen Kalender (in dem s. g. Numa'schen Jahre von 12 Monaten mit 355 Tagen, vgl. Mommsen, die röm. Chronologie vor Cäsar. Berl. 1858. S. 18 fgg.) wurde ein ums andre Jahr im Monat Februar, mit welchem damals das Jahr endete, und zwar zwischen dem 23. Februar (Terminalia) und dem 24. (Regifugium) ein ganzer Monat, **mensis intercalaris s. Mercedonius**, eingeschaltet, welcher abwechselnd 22 oder 23 Tage enthielt, ***Macrob.*** Saturn. I. 13, ***Censorin.*** de die nat. c. 20, und über welchen sich auch noch in Justinian's Pandekten die merkwürdige Notiz findet, daß dieser ganze Monat nur als ein Zeitmoment, und zwar als Zugabe zu dem nächstvorhergehenden Februartag, also dem 23. Februar, betrachtet worden sei, l. 98. §. 1. de V. S. (L. 1). Ob auch der §. 2. der l. 98. cit. sich auf diesen eingeschalteten Monat beziehe, ist sehr bestritten. Ideler, Chronologie II. S. 58 fgg. und Savigny S. 461 fgg. nehmen dies an, und erklären die Zahl 28 daraus, daß die Römer die 5 letzten Tage des Februar (vom 24. bis 28.), welche dem **mensis intercalaris** folgten, mit zu diesem Schaltmonat gezählt hätten, so daß dieser dann allerdings 27 oder 28 Tage gehabt hätte. Da sich aber eine solche wunderliche Verlängerung des Schaltmonats auf Kosten des Februar, die überdies wegen der in l. 98. §. 1. bemerkten Fiktion von großer praktischer Bedeutung gewesen sein würde, ganz und gar nicht beweisen läßt, vgl. *Gröning* **cit. p. 6 sqq.**: so ist es gewiß glaublicher, hier eine Interpolation Justinian's anzunehmen. Celsus sprach wohl allerdings von dem eingeschalteten Monate, dem **mensis Mercedonius**, und er schrieb wohl: **mensis intercalaris constabat ex diebus XXII. vel XXIII**; die Kompilatoren Justinian's aber, die kein Interesse daran haben konnten, diese antiquarische Notiz aufzunehmen, bezogen den **mensis intercalaris** nicht auf den eingeschalteten Monat des Vorjulianischen Kalenders, den **Mercedonius**, sondern auf den Schaltmonat des Julianischen Kalenders, den **Februarius**, und veränderten demgemäß die Zahl in **XXVIII**, so daß darin jetzt der an das **princ.** sich anschließende Satz ausgesprochen wird, daß auch der Schaltmonat juristisch nur 28 Tage habe; die in Vulgat-Mss. sich vorfindende Zahl **XXIX** beruht gewiß nur auf einer vermeintlichen Emendation; s. dagegen auch **Basil. II. 2. 95.** Vgl. überhaupt *Gröning* **cit. §. 4.**

II. Nach der Reform des Kalenders von Julius Cäsar fiel der eingeschaltete Monat ganz hinweg, und es wurde jetzt zur Ausgleichung mit dem astronomischen Jahre nur alle vier Jahre ein Schalttag eingefügt, welcher nach den

ausdrücklichen Zeugnissen von *Macrob.* Saturn. l. 14. und *Censorin.* c. 20. an dieselbe Stelle zu stehen kam, an welcher ehedem der **Mercedonius** eingeschaltet wurde, also zwischen **Terminalia** und **Regifugium** (dies VII. und dies VI. Kal. Mart.), und da auch dieser Schalttag, ähnlich wie der frühere Schaltmonat, juristisch nicht als selbständiger Tag behandelt wurde, so wurde er auch im Kalender nicht besonders gezählt, sondern er wurde als integrirender Theil des dies VI. Kal. Mart. behandelt, und also auch auf ihn dieselbe Zahl (dies sextus) angewendet. In einem Schaltjahr war demnach die römische Bezeichnung der letzten Februartage folgende:

23. Febr.	dies VII Kal. Mart.	**(Terminalia.)**	
24. Febr.	d. VI „ „	**(intercalaris).**	bisextum
25. Febr.	d. VI „ „	**(Regifugum).**	
26. Febr.	d. V „ „		
27. Febr.	d. IV „ „		
28. Febr.	d. III „ „		
29. Febr.	pridie Kal. Mart.		

Hiernach kann es nicht bezweifelt werden, daß nach unsrer heutigen Zählung der Monatstage der 24te, nicht der 25te Februar der Schalttag ist, und wenn Celsus und Ulpian in T. 1 und 2 ausdrücklich sagen, daß der d. sextus ***posterior***, und nicht der prior eingeschaltet werde, so würde freilich nach der heutigen Zählung der Monatstage der posterior der folgende Tag, also der 25. sein, aber nach der römischen Zählung von den Kalenden des März rückwärts, ist natürlich der dies sextus posterior der von den Kalenden des März mehr entfernte dies sextus, also unser 24. Februar. Dieß ist h. z. T. auch sehr allgemein anerkannt (vgl. die zahlreichen Zitate bei *Gröning* p. 15), und auch der energische Widerspruch, welchen neuerlich Mommsen, röm. Chronologie S. 22. und S. 242 fgg. und in Bekker's Jahrb. III. S. 359 fgg. gegen diese herrschende Lehre eingelegt hat, dürfte dieselbe schwerlich erschüttern, obwohl es allerdings schon jetzt nicht an Beistimmenden fehlt, vgl. z. B. Bekker in sein. Jahrb. III. S. 137 fg. und Heimbach im Rechtslex. XV. S. 215 fgg. Sein Hauptgrund ist, daß in einer vor Kurzem aufgefundenen afrikanischen Inschrift der Tag einer Tempelweihe bezeichnet ist als „**V. K. Mart. qui dies post bis VI. K. fuit**", woraus mit Evidenz hervorgehe, daß der Schalttag, das **bissextum**, der unmittelbar dem d. V. K. Mart. vorausgehende Tag, also unser 25. Februar sei, bei welcher Beweisführung natürlich vorausgesetzt wird, daß gerade nur der eingeschaltete Tag „**bissextum**" geheißen habe. Wenn nun auch vielleicht dieser Sprachgebrauch nicht ganz ungewöhnlich gewesen sein mag — obwohl mir die dafür beigebrachten Zeugnisse ganz und gar nicht schlagend erscheinen —, so wissen wir dagegen mit aller Entschiedenheit, daß jedenfalls auch mit dem Namen **bissextum** der ganze Doppeltag, also der eingeschaltete zusammengenommen mit dem eigentlichen d. VI. K. Mart. belegt worden ist, denn dies geht aus dem gar keine andre Deutung zulassenden Ausspruch Ulpian's in l. 3. §. 3. de minor. (T. 2) hervor, und legen wir diese völlig beglaubigte Bedeutung dem **bissextum** der Afrikanischen Inschrift unter, so verschwindet die Beweiskraft derselben vollständig. Wir sind aber dazu um so mehr berechtigt, als sowohl

Censorinus als Macrobius in den oben angeff. Stellen mit dürren Worten den auf den 23. Februar folgenden Tag als den eigentlichen Schalttag bezeichnen. Der Erstere sagt nämlich, nachdem er vorher von der Zeit vor Cäsar bemerkt hatte: „in mense potissimum Februario, *inter Terminalia et Regifugium* (also zwischen dem 23. und dem 24. Febr.) intercalatum est“, von Cäsar: „instituit, ut peracto quadriennii circuitu dies unus, *ubi mensis quondam solebat, post Terminalia* intercalaretur“, und wo möglich noch bestimmter drückt sich Macrobius aus: „statuit, ut .. unum intercalarent diem, eo scilicet mense ac loco, quo etiam apud veteres intercalabatur, *id est ante quinque ultimos Februarii mensis dies.* Vgl. Arndts in Bekkers Jahrb. III. S. 286 fgg. — Wenn aber manche ältere und neuere Juristen behaupten, daß h. z. T. nicht mehr der 24., sondern der 29. Februar als Schalttag angesehen werden müsse, so ist dies gewiß grundlos. Die Gregorianische Verbesserung des Kalenders bezog sich auch nicht entfernt auf diesen Punkt, und die durch die Sitte allmählich allgemein gewordene neue Zählung der Monatstage, wornach auch in einem Schaltjahre die Tage des Februar in fortlaufender Reihe bis zu 29 fortgezählt werden, läßt zwar eine solche Abänderung durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht sehr wünschenswerth erscheinen, aber gibt doch gewiß dem Richter kein Recht, dieselbe in Ermanglung solcher neuer Normen eigenmächtig vorzunehmen; vgl. bes. Savigny S. 457 fgg. und *Gröning* p. 22 sqq.

III. Die juristische Behandlung des Schalttags ist nun aber die, daß derselbe der Regel nach gar nicht als selbständiger Tag angesehen wird, sondern vielmehr einen integrirenden Theil des dies sextus Kal. Mart. bildet, so daß *beide*, der Schalttag und der dies sextus (bisextum) als ein einziger Tag betrachtet werden, *id biduum pro uno die habetur* L. 1 und 2. Nach dem römischen Kalender tritt dies auch äußerlich sichtbar hervor, indem da die sämmtlichen Tage des Februar in einem Schaltjahr genau so gezählt werden, wie in einem gemeinen Jahr, und der Februar auch in einem Schaltjahr nur 28 Tage hat, L. 1. a. E.; nach unsrer h. z. T. gebräuchlichen Zählung der Monatstage müssen wir aber in einem Schaltjahr die 5 letzten Tage des Februar, vom 25. bis zum 29. um einen Tag zurückdatiren, so daß unser 26. Februar in einem Schaltjahr, juristisch nur der 25., unser 29. juristisch nur der 28. ist u. s. w. Zur Erläuterung mögen noch folgende Beispiele dienen:

1) Wenn Jemand am 26. Febr. Nachmittags 4 Uhr geboren ist, und sein 26. Geburtstag fällt in ein Schaltjahr, so hat er erst am 27. Februar um 4 Uhr sein 25. Jahr zurückgelegt, und kann also gegen alle Geschäfte, die er an diesem Tage vor 4 Uhr abgeschlossen hat, noch als minor restituirt werden. War er umgekehrt in einem Schaltjahr am 26. Februar geboren, so fällt sein Geburtstag in einem gemeinen Jahre stets auf den 25. Februar; und zwei Personen, von denen eine am 24., die andre am 25. Febr. eines Schaltjahrs geboren sind, haben juristisch stets ganz denselben Geburtstag, denn „nihil refert, utrum priore aut posteriore dies quis natus sit“ L. 1 und 2.

2) Wenn Jemand in einem Schaltjahr am 27. Februar Abends eine Sache zu usukapiren anfängt, so hat er die Usukapion schon unmittelbar nach Mitternacht zwischen dem 24. und 25. Febr. im 3. oder 10. Jahre vollendet,

während wenn er am 27. Februar eines gemeinen Jahres den Besitz erwarb, und der Endpunkt in ein Schaltjahr fällt, die Verjährungszeit erst mit dem Anfang des 27. Februar abgelaufen ist.

3) Hat Jemand am 25. Februar Morgens ein Geschäft abgeschlossen, und das 30. Jahr ist ein Schaltjahr, so kann noch am ganzen 25. Februar die Klagenverjährung unterbrochen werden; wenn dagegen die Klage am 25. Februar eines Schaltjahrs erworben ist, so ist die Verjährung derselben schon mit dem Ablauf des 23. Febr. im 30. Jahre vollendet.

IV. Von der eben entwickelten Regel gibt es aber eine Ausnahme, auf welche Marcellus in T. 3. a. E. hinweis't. Während nämlich der Jurist im Anfang der Stelle die Regel, daß der Schalttag nicht als selbständiger Tag zu behandeln ist, in einer Reihe von Beispielen in Anwendung bringt (tempus judicati, Prozeßverjährung, Usukapion, Klagenverjährung), wird zuletzt ein Fall der lex commissoria behandelt („ut, nisi in XXX. diebus pretium esset solutum, inemtus esset fundus"), und dabei die Anwendbarkeit jener Regel in Abrede gestellt, so daß hier allerdings auch der Schalttag als selbständiger Tag angesehen, und folglich als einer der 30 Tage mitgezählt werden muß. Gewöhnlich wird diese Ausnahme dahin generalisirt, daß, wenn ein Zeitraum nach Tagen bestimmt sei, der Schalttag mitgerechnet werden müsse, während bei einer Rechnung nach Monaten oder Jahren die obige Regel eintrete, vgl. die zahlreichen Zitate bei *Gröning* p. 32 sqq., aber diese Meinung wird schon dadurch widerlegt, daß eines der Beispiele, in denen die Regel unzweifelhafte Anwendung findet, nämlich das tempus judicati, ein nach Tagen bestimmter Zeitraum ist (XXX dies). Gewiß richtiger ist daher die, neuerlich besonders von Savigny S. 469 fgg. und *Gröning* p. 32 sqq. vertheidigte Meinung, wornach zwischen gesetzlichen und vertragsmäßigen Zeiträumen unterschieden werden muß; bei den erstren (denen doch wohl auch die richterlichen Fristen gleichzustellen sind), mögen sie nach Tagen, Monaten oder Jahren bestimmt sein, wird der Schalttag nicht als selbständiger Tag behandelt; bei den letztren dagegen verhält sich dies anders, wenigstens, wenn die Frist nach Tagen oder Zeit-Monaten bestimmt ist, während freilich, wenn der Zeitraum nach Kalender-Monaten oder nach Jahren bemessen ist, auch bei vertragsmäßigen Fristen der Schalttag nicht mitgezählt werden darf; vgl. *Gröning* p. 33 sqq.

Achtes Kapitel.

Vom Besitze.

Dig. XLI. 2. de acquirenda vel amittenda possessione; Cod. VII. 32. de acquirenda et retinenda possessione. — v. Savigny, das Recht des Besitzes. Gieß. 1803. 6te Aufl. 1837. (wo sich auch in der Einl. S. XV—LXXII. eine sorgfältige Uebersicht über die fast überreiche und doch im Ganzen sehr ungenügende Literatur dieser Lehre bis zum Jahr 1836 findet); v. Tigerström, die bonae fidei possessio oder das Recht des Besitzes. Berlin 1836; Koeppe, zur Lehre vom Besitz. Berlin 1839; Koch, die Lehre vom Besitz nach preuß. Rechte mit Rücksicht auf das gem. Recht. 2te Aufl. Breslau 1839; Darstellung der Lehre vom Besitz, als Kritik des v. Savigny'schen Buches, von einem preußischen Juristen. Berlin 1840; Pfeiffer, was ist und gilt im röm. Rechte der Besitz? eine Abh. gerichtet gegen die v. Savignysche Doktrin über das Recht des Besitzes. Tüb. 1840; Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tüb. 1848; *Molitor*, la possession, la revendication la Publicienne et les servitudes en droit Romain. Gand 1857. p. 1—154; v. Zielonacki, der Besitz nach dem röm. Rechte. Berl. 1854; Lenz, das Recht des Besitzes und seine Grundlagen. Berl. 1860. — Vgl. auch Kierulff, Theorie des gemeinen Zivilr. I. S. 339 fgg.; Puchta in Weiske,s Rechtslex. II. S. 41 fgg. (auch in Dessen kl. ziv. Schr. Nr. 26. S. 408 fgg.); Ders. Kurs. der Institt. II. §. 224 fgg , Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 42 fgg.

I. Von der rechtlichen Natur des Besitzes.

1) Begriff und rechtliche Bedeutung des Besitzes. §. 198.

Anm. Ist der Besitz ein Recht? und, wenn er eines ist, zu welcher Klasse von Rechten gehört er? vgl. v. Savigny §. 5. 6, Gans, System des röm. Zivilr. S. 202 fgg., Puchta, im Rhein. Mus. III. S. 289 fgg. (auch in Dess. kl. ziv. Schr. S. 239 fgg., vgl. auch ebendas. S. 259 fgg.), Rudorff, in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. VII. S. 90 fgg., Hasse d. J. im Rhein. Mus. VI. S. 184 fgg., v. Thaden, Untersuchungen über den Begriff des röm. Interdikten-Besitzes und dessen Klassifikation im Rechtssystem. Hamb. 1833, v. Meyssenbug, Servius. 1. Heft. Berl. 1834. S. 113 fgg., Huschke, über die Stelle des Varro von den Liciniern; nebst einer Zugabe über Fest. v. Possessiones und Possessio. Heidelb. 1835. S. 104 fgg., Mühlenbruch, Zession. 3te Auflage. S. 5 fgg. in der Note, Savigny, Zusatz in der 6ten Auflage. S. 40 fgg., Gans, über die Grundlage des Besitzes. Berl. 1839, Schaaf, Gans Kritik gegen Herrn v. Savigny, Berl. 1839, Huschke, in Richter's krit. Jahrb. Bd. V. (1839) S. 299 fgg., Schmidt, das possess. Klagrecht des jur. Besitzes. Gießen 1838. S. 8 fgg., Tigerström im ziv. Arch. XXII. 3, Schaffrath, prakt. Abh. S. 225 fgg., Pfeiffer a. a. O. Vorwort S. X fgg., Bruns a. a. O. S. 17 fgg. S. 385 fgg. S. 414 fgg. S. 487 fgg., *Molitor* l. c. p. 15 sqq., Zielonacki S. 31 fgg., Lenz a. a. O. S. 82 fgg., Schmidt, über den Begriff des Besitzes nach röm. Recht. Dorpat 1860.

2) Terminologieen des römischen Rechts. §. 199.

Anm. Hier tritt uns als die entscheidende Frage die entgegen: welche Begriffe verbanden die Römer mit den Worten possessio civilis und naturalis? Ueber die frühern Ansichten siehe v. Savigny a. a. O. §. 10. und vgl. auch Bruns a. a. O. S. 106 fgg. S. 353 fgg. S. 369 fgg. S. 388. Savigny selbst stellt §. 7. folgende Sätze auf: Possessio civilis ist ausschließlich der Besitz, welcher zur Usukapion führt, possessio naturalis aber der Besitz, dem diese Wirkung abgeht. Diese possessio naturalis kann aber entweder so beschaffen sein, daß sie Interdikte hervorbringt, und dann heißt sie auch possessio (per eminent.), oder es fehlt ihr auch diese Wirkung, und dann ist es possessio naturalis im engern und gewöhnlichern Sinn. Civiliter non possidere hat gleichfalls eine doppelte Bedeutung, indem dadurch bald die Negation des Zivilbesitzes, bald die Negation alles Besitzes aus zivilistischen Gründen ausgedrückt werden soll. — Diese Ideen Savigny's sind denn auch von der Mehrzahl der neueren Juristen angenommen, und neuerlich wieder sehr ausführlich von Thon im Rhein. Mus. IV. S. 95 fgg. vertheidigt worden, vgl. auch *Puchta*, de civili possessione. Lips. 1839 (auch in Dess. kl. ziv. Schr. S. 398 fgg.), *Molitor*, p. 8 sqq. Dagegen aber zirkulirt schon seit geraumer Zeit ein ungedruckter Aufsatz von Erb, dessen Ansichten auch mehrere Neuere gefolgt sind,

vgl. Gans, Scholien zu Gaius S. 267, *Comes de Reisach,* de antiqua jur. Rom. regula: nemo sibi caus. poss. mut. pot. Landsh. 1821. not. 4, Johannsen, Begriffs-Bestimmungen. Heft I. Heidelberg 1831, und ausführliche Begründungen derselben haben gegeben Thibaut im ziv. Arch. XVIII. S. 317 fgg., XXIII. S. 167 fgg., Kierulff, Theorie I. S. 346 fgg. Note*), Warnkönig im ziv. Archiv XX. S. 178 fgg., Pfeiffer a. a. O. S. 4 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 447 fgg. Note 23 und 24, Zielonacki S. 54 fgg. Erb's dem Resultate nach nicht neue Theorie geht dahin, daß poss. civilis nicht blos den Usukapions-, sondern auch den Interdikten-Besitz bezeichne, und daß also poss. naturalis und das civiliter non possidere, nicht, wie Savigny will, in zweifachem Sinn, sondern immer nur in der einen bestimmten Bedeutung genommen werden könne, daß damit keine Interdikte verbunden seien. — Die sorgfältige Betrachtung unserer Quellen führt aber wohl zu dem Resultate, daß man sich keiner dieser beiden Theorieen unbedingt anschließen kann, sondern die Begriffe so bestimmen muß: Poss. civilis ist dann vorhanden, wenn Jemand die Detention verbunden mit dem animus domini hat, possessor naturalis ist aber derjenige, welcher zwar detinirt, aber diesen animus entweder wirklich nicht hat, oder darum nicht haben darf, weil die besessene Sache extra commercium, oder der Besitzer selbst des Eigenthums unfähig ist, oder der Besitz aus einem zivilrechtlich nichtigen Rechtsgeschäft abgeleitet wird. In diesen letzten Fällen kann zwar faktisch der animus domini vorhanden sein, aber in den Augen des Gesetzes ist er nicht vorhanden, und nur eine poss. naturalis, als eine reine res facti, quae jure civili infirmari non potest, l. 1. §. 4. de poss. (41, 2), kann hier angenommen werden; vgl. auch Burchardi im ziv. Arch. XX. S. 14 fgg. und Lehrbuch des röm. Rechts. Bd. II. §. 151. S. 371 fgg., Roßhirt, Zivilr. II. §. 218, Bruns a. a. O. S. 20 fgg., Brinz, Lehrbuch S. 76 fgg. — Die nähere Begründung dieser, von Savigny's wie von Erb's Theorie gleich sehr abweichenden Meinung, und die Widerlegung jener anderen Ansichten kann in folgende Sätze zusammengefaßt werden:

1) Savigny geht davon aus, daß unter den Wirkungen der possessio die Usukapion die einzige sei, welche aus dem eigentlichen Zivilrecht hervorgehe, und daß eben darum auch nur die zur Usukapion führende poss. eine civilis habe genannt werden können. Offenbar aber nimmt hier Savigny das Wort civile in einem Sinn, den es zwar wohl im Gegensatz zum jus honorarium, nicht aber auch zum jus naturale hat. Hier nämlich bezeichnet es alles, nicht aus dem jus gentium, sondern dem individuellen römischen Recht Hervorgehende, mag nun das besondere gesetzgeberische Organ sein, welches es immerhin will, so daß auch das Prätorische Recht dem jus civile in diesem Sinne angehört. Geht man hiervon aus, und bedenkt man, daß wirklich jeder mit dem animus domini verbundene Besitz, aber auch nur dieser, solche positivrechtliche Folgen hervorbringt (denn auf der einen Seite ist ohne solchen Besitz Usukapion ungedenkbar, und auf der anderen Seite bringt jeder Eigenthumsbesitz, aber auch nur ein solcher, das Recht zu den, doch gewiß nicht dem jus gentium angehörenden possessorischen Interdikten hervor), so läßt sich doch wohl nicht in Abrede stellen, daß schon von vorne herein die größte Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, daß der Ausdruck poss.

civilis sich auf jeden, mit dem animus domini verbundenen Besitz beziehe. Daß das spätere Recht doch in einigen Fällen, in denen dieser animus fehlte, aus besonderen Gründen die Interdikte zuließ, konnte den einmal fixirten Sprachgebrauch nicht ändern, indem eine solche Aenderung der römischen Sitte widerstrebt, und in der That war sie auch um so weniger nöthig, als in jenen Fällen die Interdikte nicht als aus eigenem Rechte des Besitzers hervorgehend, sondern als aus dem Rechte des Eigenthums-Besitzers abgeleitet erscheinen (siehe §. 200. Anm. 1).

2) Hiermit stimmen auch vollkommen die Quellenzeugnisse überein, denn nicht nur, daß in den bei weitem meisten Stellen, wo die possessio naturalis erwähnt wird, ganz augenscheinlich die blose Detention ohne den animus rem sibi habendi gemeint ist, vgl. z. B. l. 3. §. 3. §. 13. de poss. (41, 2), l 38. §. 10. de usur. (22. 1), l. 38. §. 7. de V. O. (45, 1) u. s. w., so wird auch die angedeutete Terminologie auf das Bestimmteste ausgesprochen in Synops. Basil. edid. Leuncl. p. 431: *Νομή ἐστι φυσικῶς ἡ τοῦ πράγματος κατοχή, κατά δε τους νόμους νομή ἐστι ψυχή δεοπόζοντος κατοχή.* Vgl. auch *Theophil.* III. 29. §. 2. und IV. 15. §. 5, wo es zuerst heißt, daß man auch durch Andere besitzen könne, z. B. den Pachter, Miether, Depositar und Kommodatar, und hierauf folgen dann die Worte: *ἐκείνων γάρ κατεχόντων φυσικῶς. ἐγώ τῷ νόμῳ νέμομαι.* — Folgende Stellen bedürfen aber noch einer besonderen Betrachtung:

a) L. 3. §. 15. ad exhibend. (10, 4): Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. — Thibaut, Kierulff, Pfeifer nehmen an, das denique vermittele hier den Uebergang zu einem neuen Satze, und übersetzen demgemäß: übrigens findet die Klage gegen den Pfandgläubiger unbezweifelt Statt. Man muß aber mit Savigny und Thon annehmen, daß in den Worten denique creditorem u. s. w. eine Folgerung aus dem vorhergehenden Satze, und also ein Beleg für die Meinung enthalten sei, daß der Faustpfandgläubiger nur eine possessio naturalis habe, denn wenn auch denique nicht mit: zum Beispiel, wie Savigny will, übersetzt werden kann, so ist es doch offenbar soviel, wie: demnach oder folglich, s. auch *Basil.* XV. 4. 3. §. 13. Daß also hierdurch die Erb'sche Theorie, wornach der Pfandgläubiger nothwendig eine poss. civilis haben müßte, untergraben wird, scheint unzweifelhaft, aber eben so wenig kann auch Savigny aus dieser Stelle seine Theorie ableiten; denn auf einer petitio principii beruht es, wenn er daraus, daß der Pfandgläubiger, obgleich ihm alle Besitzrechte mit einziger Ausnahme der Verjährung zustehen, doch nur possessor naturalis ist, den Schluß machen will, possessio civilis sei nur die, welche zur Usukapion führe. Vielmehr muß man so sagen: da der Pfandgläubiger nicht den animus domini hat, so ist er blos possessor naturalis, obwohl er ausnahmsweise Interdikte hat. — Der richtige Begriff von poss. civilis geht aber auch noch in anderer Weise aus dieser Stelle hervor, denn, wenn da der Jurist sagt: die actio ad exhibendum könne nicht nur gegen den possessor civilis, sondern auch gegen den naturalis angestellt werden, so kann man hier unmöglich unter poss. civilis den Usukapions-Besitz

verstehen, da es auf einen solchen bei der actio ad exhibendum denkbarer Weise gar nicht ankommen kann, und wenn Puchta de civ. poss. p. 10 sqq. und Vorles. I. S. 438 aus l. 7. §. 3. ad exhib. den Beweis führen will, daß Ulpian allerdings gerade auf den Usukapions-Besitz bei der actio ad exhib. Gewicht gelegt habe, so bedarf dies für den Unbefangenen keiner besondren Widerlegung. Versteht man aber unter poss. civilis den Eigenthumsbesitz, so bekommt die Stelle juristische Bedeutung, denn allerdings zweifelhaft konnte es sein, ob auch der, welcher alieno nomine besitzt, mit dieser Klage belangt werden könne, vgl. l. 9. de R. V. (6, 1), und dieser Zweifel wird dann hier abgeschnitten. Zieht man endlich noch l. 4. und l. 5, die in unmittelbarem Zusammenhange mit l. 3. §. 15. stehen, hinzu, und findet man, daß hier als Beispiele der poss. naturalis blos Fälle des Besitzes in fremdem Namen aufgeführt werden, so muß man wohl zugestehen, daß die vorher angenommene Terminologie in unserer Stelle keine geringe Stütze findet. — Ueber die ebenfalls noch hierher gehörige l. 7. §. 1. ad exhib. vgl. man unten §. 204. Anm. 2.

b) L. 2. §. 1. pro herede. (41, 5): Quod vulgo respondetur: causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse. — Daß in dieser Stelle die bisher vertheidigte Bedeutung von poss. civilis und naturalis zu Grunde liegen kann, bedarf keiner besonderen Ausführung, und die von Julian beigefügten Beispiele geben offenbar kein unbedeutendes Argument für die Wirklichkeit dieser Bedeutung ab, vgl. auch die wichtige Parallelstelle desselben Julian in l. 33. §. 1. de usurp. (41, 3). Sehr schwer und gezwungen dagegen ist dieser Ausspruch Julian's mit Savigny's Theorie zu vereinigen. Wenn nämlich Julian den Satz aufstellt: bei der civilis possessio sei die Anwendbarkeit der Regel: nemo sibi causam u. s. w. nicht zu bezweifeln, aber sie komme auch bei der naturalis poss. vor; wenn er also als das eigentliche Hauptgebiet dieser Regel die civilis poss. hinstellt: so wäre dies schlechthin verwerflich, wenn man unter civil. poss. den Usukapionsbesitz verstehen wollte, denn bei diesem kann im neueren Rechte die ganze Regel gar nicht mehr zur Anwendung kommen, und im älteren Rechte konnte sie es blos in dem einzigen Falle, wenn Jemand seinen bisherigen Usukapionstitel in den vortheilhafteren pro herede umwandeln wollte. Freilich glaubt Savigny, daß sich die ganze Regel: nemo sibi causam rel. blos und allein auf die alte usucapio pro herede und allenfalls die usureceptio bezogen habe, aber dies ist offenbar irrig, da auch in anderen Beziehungen positiv und negativ im Justinianischen Rechte — in welchem, wenn Savigny's Meinung gegründet wäre, eigentlich gar nicht mehr davon hätte geredet werden können — Gebrauch davon gemacht ist, vgl. unten §. 204 Anm. 3. Also: wenn man Savigny's Terminologie annimmt, so hat schon Julian selbst in unserer Stelle sich sehr ungenau ausgedrückt, indem er dann als die Hauptanwendung der Regel einen einzelnen singulären Fall hinstellen würde; überdies aber muß man dann auch annehmen, daß die Kompilatoren bei der Aufnahme dieser Stelle ganz kopflos verfahren hätten, indem bei dem Usukapionsbesitz die ganze Regel

hinweggefallen ist. Beide Uebelstände aber werden auf das Vollkommenste gehoben, und Julian sowohl als die Kompilatoren von jedem Vorwurf befreit, wenn man unter civilis poss. den Eigenthumsbesitz, unter naturalis poss. den Besitz in fremdem Namen versteht.

c) In zwei Gesetzen wird der von ihrem Manne beschenkten Ehefrau Zivilbesitz abgesprochen:

> *Ulp.* l. 1. §. 9. 10. de vi (43, 16): Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. (§. 10.) Denique et si maritus uxori donavit eaque dejecta sit, poterit interdicto uti, non tamen, si colonus.
> *Paul.* l. 26. pr. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1): Si eum qui mihi vendiderit, jusserim eam rem uxori meae donationis causa dare et is possessionem jussu meo tradiderit, liberatus erit, quia licet illa jure civili possidere non intelligatur, certe tamen venditor nihil habet, quod tradat;

während sie als possessor, l. 1. §. 4, l. 16. de poss. (41, 2), l. 1. §. 2. f. pro donato (41, 6), mit Interdikten l. 1. §. 9. 10. cit., aber ohne Usukapion, l. 1. §. 2. cit. anerkannt ist. Daß diese Stellen mit Savigny's Theorie recht gut in Uebereinstimmung gebracht werden können, läßt sich nicht bezweifeln. Erb's Ideen aber widersprechen sie geradezu, denn die Interpretation, welche Thibaut von den beiden abgedruckten Stellen giebt, um sie mit seiner Terminologie zu vereinigen, ist gewiß unhaltbar. Er übersetzt nämlich in l. 1. §. 10. cit. so: wenn der Ehemann seiner Frau eine Immobilie geschenkt hat, und diese entsetzt ist, so steht ihm das Interdikt zu, nicht aber, wenn der Pachter der Ehefrau dejizirt wird; und dieser wunderliche Satz soll sich darauf gründen, weil der Ehemann alle der Frau widerfahrenen Unbilden sich zu Gemüthe führen dürfe! Daß dies aber ganz irrig ist, und daß man die Stelle nothwendig dahin verstehen muß, daß der dejizirten Ehefrau selbst das interdictum unde vi gebühre, nicht aber einem dejizirten Pachter, geht schon, abgesehen von anderen Gründen daraus hervor, weil der §. 10. nur eine Anwendung des in §. 9. ausgesprochenen Rechtssatzes enthalten soll. Siehe jetzt auch gegen diese Erklärung Thibaut's, „in welcher nicht ein gesundes Element zu finden ist", v. Savigny's 6te Aufl. S. 72 fgg. Note 2, und Geiger in Gießer Zeitschrift XIII. S. 248 fgg. Nicht weniger unhaltbar ist aber auch die Interpretation von Kierulff S. 349. Nr. 5, welcher zwar den §. 10. wie Savigny erklärt, den §. 9. aber so auffaßt, daß hier gar nicht von dem Subjekt des interd. unde vi die Rede sei, sondern da nur gesagt werde, das Interdikt könne auch durch Dejektion des Naturalbesitzers begründet werden [nämlich nicht für ihn selbst, sondern nur für seinen Prinzipal], vgl. dagegen auch Thibaut im ziv. Arch. XXIII. S. 185 fgg., Bruns a. a. O. S. 22; und eben so wenig endlich kann man der Erklärung bestimmen, welche Pfeifer a. a. O. S. 45 fgg. von unsrem §. 10. giebt, wornach die beschenkte Frau zwar dann das Interdikt haben soll, wenn sie selbst dejizirt sei, aber nicht auch dann, wenn ihr Pachter dejizirt worden sei, weil sie in diesem Falle gar nicht einmal den Naturalbesitz habe! — Die Worte der l. 26. cit.: licet illa jure civili possidere non intelligatur werden aber von Thibaut so übersetzt:

„wenn man auch annehmen wollte, daß sie nach Zivilrecht nicht besitze", aber auch dieses ist gewiß irrig, indem man offenbar richtiger so überträgt, wenn sie auch nach Zivilrecht nicht als Besitzerin anerkannt werden kann. — Man muß also jene beiden Stellen ganz so interpretiren, wie Savigny, ohne daß man aber auch seinen ferneren Folgerungen beistimmen kann. Vielmehr geht aus allen oben angeführten Gesetzen mit vollkommenster Konsequenz folgendes Resultat hervor: Schenkungen unter Ehegatten sind nach Zivilrecht ganz wirkungslos, und daraus geht hervor, daß der Beschenkte jure civili auch nicht als Besitzer angesehen werden darf, l. 26. de donat. int. vir. et uxor. Da aber doch eine res facti durch jus civile nicht aufgehoben werden kann, so ist allerdings der beschenkte Ehegatte Besitzer, l. 1. §. 4, l. 16. de poss., l. 1. §. 2. pro donato, aber freilich nur Naturalbesitzer, l. 1. §. 9. 10. de vi. Weil aber bei dieser und ähnlichen Arten der naturalis poss. die Eigenthümlichkeit eintritt, daß der Detentor nicht in fremdem Namen besitzt, und auch kein Dritter den Eigenthumsbesitz an der geschenkten Sache hat, l. 1. §. 4. de poss., so ist es sehr natürlich, daß hier dem Detentor das Recht, Interdikte anzustellen, eingeräumt wird, l. 1. §. 10. de vi, indem ja sonst in einem solchen Falle Niemand der Klagberechtigte sein würde; und insofern läßt sich behaupten, daß auch naturalis possessio zu dem interdictum unde vi hinführen könne, l. 1. §. 9. eod., aber auch nur insofern, indem in andern Fällen, wenn Jemand wirklich nomine alieno besitzt, der Detentor, z. B. der Pachter, jenes Rechtsmittel nicht gebrauchen kann, l. 1. §. 10. f. §. 22. 23. eod., l. 8. 12. eod. (wo dem Pachter nur dann das interd. unde vi gegeben wird, wenn er den Verpachter dejizirte, und also in eigenem Namen zu besitzen anfing), l. 20. eod., l. 1. C. si per vim (8, 5). Zwar wird dies von manchen Neueren geleugnet, und jedem Detentor das interdictum unde vi zugesprochen, vgl. z. B. Thibaut im zivil. Archiv XVIII. S. 361 fgg. XXIII. S. 173 fgg., Geiger in Gieß. Zeitschr. XIII. S. 247 fgg., Pfeifer a. a. O. Vorw. S. XV. fgg., S. 45. S. 55 fgg., Sintenis, Zivilr. I. §. 42. S. 449. Note 24, II. §. 127, aber die einzige einigermaßen scheinbare Stütze dieser irrigen Ansicht ist eben nur die falsche Interpretation unsrer l. 1. §. 9. de vi; vgl. dagegen auch Savigny S. 175 fgg., S. 510 fgg. Burchardi im ziv. Arch. XX. S. 45 fgg., bes. Bruns a. a. O. S. 62 fgg..

d) In mehreren Stellen wird dem Sklaven in Betreff der Pekuliensachen die civilis poss. ab- und die naturalis poss. zugesprochen, l. 24. de poss., l. 38. §. 7. 8. de V. O. (45, 1). Daß hier diese Ausdrücke ganz in der bisher vertheidigten Bedeutung genommen sind, bedarf keiner Ausführung, da es sich ganz von selbst versteht, daß ein Sklave den animus domini nicht haben kann.

3) Von den Subjekten des Besitzes. §. 200.

Anm. 1. — 1) In mehreren Fällen finden wir die Befugniß zu Interdikten auch solchen Inhabern eingeräumt, welche nicht den animus domini haben. Savigny §. 9 und §. 23—25 stellt dies als Ausnahmsfälle dar, in denen aus besonderen Gründen von der Regel abgegangen, und ein von dem Eigenthums-

Besitze abgeleiteter Besitz angenommen worden sei. Dies ist aber neuerlich mehrfach bestritten worden. Die meisten Gegner der Savigny'schen Theorie gehen davon aus, daß sie den **animus** *domini* als charakteristisches Merkmal der juristischen possessio verwerfen, und dafür einen andern animus substituiren, dessen Begriff dann so weit gefaßt wird, daß darunter auch die Fälle des s. g. abgeleiteten Besitzes subsumirt werden können, wobei freilich im Einzelnen wieder mannichfache Abweichungen vorkommen; vgl. z. B. Guyet, Abh. Nr. 6. und Ders. in der Gieß. Zeitsch. IV. S. 361 fgg., Buchholtz, Versuche Nr. 8, Warnkönig im ziv. Arch. XIII. S. 169 fgg., Kierulff, Theorie I. S. 353 fgg., Pfeifer a. a. O. S. 63 fgg., Schmidt, Kommodat. und Prekar. S. 21 fgg., Ders. in der Gieß. Zeitschr. XX. S. 112 fgg., Boecking I. §. 123, *Molitor* p. 38 sqq., Lenz a. a. O. S. 101 fgg. u. A. m. Dagegen aber stimmt v. Schröter in der Gießer Zeitschr. II. S. 253 fgg. allerdings mit Savigny insofern überein, daß auch er den animus domini als die Grundlage des juristischen Besitzes betrachtet, weicht aber darin von demselben ab, daß er auch in den Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes einen animus domini annimmt, und dieselben also gar nicht als Ausnahmsfälle ansieht; und ähnlich ist auch die Ansicht von Bartels in Gießer Zeitschr. VI. S. 177 fgg., indem er den animus rem sibi habendi als charakteristisches Merkmal des juristischen Besitzes aufstellt, und diesen dann auch in den Fällen des abgeleiteten Besitzes annimmt. — Bei sorgsamer Betrachtung muß man sich gewiß für Savigny's Meinung erklären, die auch noch h. z. T. die bei weitem meisten Anhänger findet, vgl. z. B. Büchel, zivilrechtl. Erörtr. No. 2. S. 45 fgg. 2. Aufl. Bd. I. S. 160 fgg., Sintenis in Gießer Zeitschr. VII. S. 223 fgg. S. 414 fgg. und prakt. Zivilr. I. S. 443 fgg. (welcher wenigstens, dem Resultate nach, im Wesentlichen Savigny's Ausführungen beitritt), Thibaut im ziv. Arch. XVIII. S. 327 fgg., Burchardi das. XX. S. 18 fgg., Puchta in Richter's krit. Jahrb. I. S. 677 fgg., Roßhirt im ziv. Arch. XXI. S. 242 fgg. und Zivilr. II. §. 214 (welcher nur gegen den Begriff: abgeleiteter Besitz polemisirt, im Uebrigen aber mit Savigny übereinstimmt), Unterholzner, Schuldverh. II. §. 257, Bruns a. a. O. S. 5 fgg., Zielonacki S. 13 fgg., und s. auch die Lehrbb. von Wening §. 109, Mühlenbruch §. 233, Göschen §. 204, Schilling §. 133, Puchta §. 125, Kursus der Institut. II. §. 229. geg. E., Arndts §. 135, Brinz §. 27. S. 64 fgg. u. A. m. Daß nämlich wirklich der animus domini als die wahre Grundlage des juristischen Besitzes betrachtet werden müsse, geht schon aus den zum vorigen §. mitgetheilten Erörterungen über poss. civilis hervor, und insbesondere sind auch die da angeführten Stellen der Basiliken und des Theophilus zu betrachten, bes. Theoph. III. 29. §. 2.: *Διαφορὰ τοῦ κρατεῖν καὶ τοῦ νέμεσθαι αὕτη ὅτι κρατεῖν ἐστι φυσικῶς κατέχειν, νέμεσθαι δὲ τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν.* Daß aber bei dem Pfandgläubiger, dem Emphyteuta u. s. w. kein animus domini vorhanden sei, darf bei unbefangener Anschauung, ungeachtet der gekünstelten Ausführungen v. Schröters nicht bezweifelt werden, und die römische Betrachtungs-Weise geht auch bestimmt genug daraus hervor, daß in solchen Fällen eine possessio ***naturalis*** statuirt wird, deren Charakteristisches darin besteht, daß nomine alieno besessen wird.

Ganz deutlich ist aber auch, wenigstens für den Pfandgläubiger, ein abgeleiteter Besitz anerkannt in der l. 16. de usurpat. (41, 3), wo es mit klaren Worten heißt: adeo ut addici possit creditori possessio ejus, qui pignori dedit, und gewiß mit größtem Recht ist daher Savigny auch in der 6ten Auflage seiner früheren Ansicht treu geblieben; vgl. bes. den ausführlichen Zusatz S. 138 bis S. 151, wo er die treffende Würdigung der gegnerischen Ansichten mit den wahren Worten beschließt: „In allen diesen neueren Schriften ist also viele Mühe ohne Resultat, ja eigentlich ohne ein erhebliches Ziel aufgewendet worden".

2) Es wird aber ein solcher abgeleiteter Besitz in unsern Gesetzen erwähnt:

a) bei dem Faustpfandgläubiger, l 35. §. 1, l. 37. de pign. act. (13, 7), l. 1. §. 15, l. 3. §. 23, l. 10. §. 1, l. 36. 40. pr. de poss. (41, 2), l. 16. de usurp. (41, 3), l. 3. §. 8. uti possidet. (43, 17). Daß dies auch bei dem creditor *hypothecarius*, welcher in den Besitz der Sache gekommen ist, anwendbar sei, wie jetzt namentlich Sintenis, Handb. des Pfandr. S. 230 fgg. und Bruns S. 5 fgg. ganz allgemein behaupten, ist gewiß irrig und wird schon dadurch widerlegt, daß der missus in possessionem blose Detention hat, obwohl er bekanntlich eben durch die missio das s. g. prätorische Pfandrecht erhalten hat, l. 3. §. 23, l. 10. §. 1. de poss., l. 3. §. 8. uti possid. (43, 17).

b) Bei dem Emphyteuta, l. 15. pr. §. 1. qui satisdare cog. (2, 8). Sollte man in dieser Stelle darum keinen entscheidenden Beweis finden wollen, weil hier allerdings nur von der possessio zum Zweck der Befreiung von Kautionsleistung die Rede ist, und sollte man also anzunehmen geneigt sein, dem Emphyteuta stehe nicht sowohl eine possessio corporis derivata, als vielmehr eine juris possessio zu, eine Meinung, die jetzt insbesondere von Arndts in der Gieß. Zeitschr. N. F. III. S. 567 fgg. ausführlich vertheidigt worden ist: so muß doch wohl jeder Zweifel verschwinden, wenn man bedenkt, daß der Emphyteuta auch eine utilis *corporis* vindicatio hat, l. 1. §. 1. *si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur* (6, 3), daß er die Früchte schon durch blose Separation gewinnt, l. 25. §. 1. de usur. (22, 1) — welches Argument besonders Savigny urgirt —, und daß ihm eine utilis confessoria et negatoria actio in Betreff der dem emphyteutischen Grundstück zustehenden oder angeblich darauf lastenden Servituten gebührt, l. 16. de servitut. (8, 1), denn da die Prädialservituten an dem corpus praedii selbst kleben, so muß doch wohl der, dem eine Verfolgung derselben zusteht, eine Berechtigung an dem corpus haben, auf welches letztere Argument vorzüglich Büchel, zivilr. Erörtr. N. 3. S. 46. Not., 2. Aufl. Bd. I. S. 329. Not. aufmerksam macht. Alle diese Gründe werden um so entscheidender, wenn man berücksichtigt, daß es sich in allen diesen Beziehungen bei dem Usufruktuar, dem ausgemachter Weise eine *juris* possessio zusteht, anders verhält. Auf der andern Seite zu weit geht aber Puchta a. d. aa. OO., wenn er, in dieser Beziehung mit Schröter übereinstimmend, die Behauptung aufstellt, daß der Emphyteuta wirklich den animus *domini* und folglich nicht eine abgeleitete, sondern eine ursprüngliche possessio corporis habe; vgl. dagegen auch Arndts a. a. O. S. 402 fgg.

c) Bei dem Superfiziar. Zwar glaubt Savigny §. 23. S. 331 fgg. und Einleit. S. LXIII., der Besitz des Superfiziar sei vielmehr eine *juris*

possessio, und er führt dafür theils die Analogie der Servituten, theils und vorzüglich den allerdings bemerkenswerthen Umstand an, daß hier nicht das gewöhnliche **interdictum uti possidetis**, sondern ein eignes neues gegeben sei, **tit. Dig. XLIII. 18, l. 3. §. 7. uti possidet. (43, 17)**, und das **interdict. uti possidetis** vielmehr dem **dominus superficiei** zustehe, **l. 3. §. 7. cit.**, was sich vollkommen erkläre, wenn man eine **juris possessio** des Superfiziar statuire, im anderen Falle aber einen unerklärlichen Verstoß gegen die Regel enthalte, daß es keine **possessio plurium in solidum** gebe, vgl. auch Rudorff in der gesch. Zeitschr. XI. S. 229 fgg., Zielonacki S. 19 fgg., Schmidt in Bekker's Jahrb. III. S. 256. Not., Emmmerich in Gieß. Zeitschr. n. F. XVII. S. 12 fgg. Doch aber scheint mir die andere Meinung, wornach der Superfiziar vielmehr eine abgeleitete **corporis possessio** hat, richtiger zu sein; denn nicht nur, daß ihm eine **possessio**, ohne den Zusatz **juris** oder **quasi** zugeschrieben wird, **l. 13. §. 3. de pignorib. (20, 1), l. 1. §. 1. de superficieb. (43, 18)**, so entscheidet hier wohl auch mehr die Analogie der Emphyteuse, als die von Savigny angezogene der Servituten, und zwar um so gewisser, da hier dieselben Argumente, wie bei der Emphyteuse wiederkehren, denn auch der Superfiziar hat eine **utilis corporis vindicatio, l. 73. §. 1, l. 74, l. 75. de R. V. (6, 1)**, und ebenfalls steht ihm eine **utilis confessoria** und **resp. negatoria actio** zu, **l. 3. §. 3. de oper. novi nunc. (39, 1)**. Daß ihm doch nicht das gewöhnliche **interdict. uti possidetis**, sondern ein eigenes possessorisches Interdikt gegeben wird, erklärt sich einfach, wenn man nur bedenkt, daß hier eigentlich nur von einer ***quasi*** **corporis possessio** die Rede ist, indem ein wirklicher Besitz des Gebäudes nur dem Besitzer von Grund und Boden zustehen kann. Wenn nun hier doch aus praktischem Bedürfniß **contra tenorem juris** ein Besitz angenommen wurde, so konnte doch nicht das **interdict. uti possidetis** Platz greifen, welches wirkliche **corporis possessio**, also den Besitz von Grund und Boden voraussetzte, sondern es mußte nothwendig ein eignes Rechtsmittel gegeben werden. Daraus erklärt sich auch genügend die andere anomale Erscheinung, daß neben dem **interdictum** des Superfiziar auch noch das **interdictum uti possidetis** des **dominus superficiei** vorkommt. Wirklich fängt auch h. z. T. die hier vorgetragene Ansicht immer mehr um sich zu greifen an, vgl. Duroi im ziv. Arch. VI. S. 396, Huschke in Tüb. krit. Zeitschr. II. S. 353 fgg., Unterholzner, Verjährungsl. II. S. 246, Schuldverh. II. S. 109, v. Schröter in Gießer Zeitschr. II. S. 244 fgg., v. Buchholz, Versuche S. 83 fgg., Büchel, zivilr. Erörtr. I. No. 3. S. 65 fgg., 2. Aufl. S. 351 fgg., Fritz, Erläutr. zu Wening Heft 2. S. 406 fgg., Kierulff I. S. 358 fgg., Schilling II. §. 137. Not. c., Schmidt, Kommodat. S. 48, Boecking I. §. 123. Not. 19, bes. §. 126. Not. 7, Sintenis I. §. 56. Not. 12, ***Niegolewski***, **de jure superficiario p. 81 sqq.**, Bruns a. a. O. S. 9 fgg., ***Molitor*** **p. 47 sqq.**

d) Bei dem Sequester, auf den jedoch nur dann juristischer Besitz übergeht, wenn dies ausdrücklich ausbedungen ist, **l. 39. de poss. „et hoc aperte fuerit approbatum“** (— die Deutung, welche Muther, Sequestration und Arrest S. 231 fgg. diesen Worten gibt: „wenn dies durch allgemeines Gewohnheitsrecht zweifellos anerkannt sein wird“, halte ich aus innern und

äußern Gründen für schlechthin unzulässig —); s. auch l. 19. §. 1. depos. (16, 3), wo man bei den Worten **nisi apud sequestrum deposita est** nach Duaren's richtiger Bemerkung nicht res, sondern possessio suppliren muß, v. Savigny §. 25, Bruns S. 7 fgg.; s. jedoch auch Boecking, Pand. I. S. 452. Not. 18, Muther a. a. O. S. 227 fgg., Lenz a. a. O. S. 114 fg.

e) Bei dem Empfänger eines Prekarium, und zwar findet hier wohl richtiger Ansicht nach das umgekehrte Verhältniß, wie bei dem Sequester Statt, so daß also in der Regel juristischer Besitz übergeht, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil ausbedungen ist. Obwohl nämlich Manche anderer Meinung sind, z. B. de *Schröter* observ. p. 66 sqq., so möchte doch die richtige Meinung schon sehr bestimmt aus dem allgemeinen Ausspruch der l. 4. §. 1. de precario (43, 26) hervorgehen: **meminisse autem nos oportet, eum, qui precario habet, etiam possidere**, womit aber auch noch insbesondere die Stellen in Verbindung gebracht werden müssen, welche die Verwandlung der possessio in blose Dentention für den Fall aussprechen, wenn eine precario gegebene Sache nachher vermiethet oder verpachtet wird, l. 21. §. 3. de poss., l. 33. §. ult. de usurp. (41, 3); v. Savigny §. 25, Fritz, Erläutr. I. S. 224 fgg., Gesterding, Nachforsch. Th. V. Abth. 2. S. 68 fgg., Schmidt, Kommodat. und Prekar. S. 55 fgg., *Molitor* l. c. p. 51 sqq.

Bei diesen Fällen muß man aber auch stehen bleiben, denn wenn:

α) viele Aeltere (vgl. die bei v. Savigny §. 23. Angeff., und unter den Neueren Burchardi im civ. Arch. XX. S. 22. und S. 36 fgg.) auch dem Usufruktuar und anderen Inhabern von Personalservituten, einen abgeleiteten juristischen Besitz an der Sache neben der juris possessio zuschreiben, und daraus die Interdikten-Befugniß derselben ableiten, so ist dies gewiß irrig, wie schon aus den obigen Erörterungen über die possessio des Emphyteuta hervorgeht; vgl. auch l. 6. §. 2. de precario (43, 26): **et fructuarius et colonus et inquilinus sunt in praedio** ***et tamen non possident;*** vgl. auch l. 10. §. ult. de adqu. rer. dom. (41, 1), l. 1. §. 8, l. 52. pr. de poss. Die Frage hat besonders darum praktisches Interesse, weil wenn ein abgeleiteter Sachbesitz angenommen werden dürfte, dem Proprietar selbst das Recht zu possessorischen Interdikten abzusprechen wäre, was sich der richtigeren Ansicht nach umgekehrt verhält. Vgl. auch Savigny 6te Aufl. S. LIX fgg.

β) Nicht Wenige (vgl. z. B. *de Schröter*, obss. jur. civ. p. 80 sqq., Thibaut, Syst. §. 208. und in Braun's Erörtr. S. 294, Schweppe, Hdb. II. S. 13, Wening, Lehrb. §. 209, *Molitor* l. c. p. 53 sq.) stellen auch noch den allgemeinen Satz auf, der juristische Besitzer könne vermöge besonderer Uebereinkunft die possessio auf jeden anderen, z. B. auch den Miethsmann, Depositar u. s. w. übertragen, und zwar beruft man sich dafür auf den allgemeinen Grundsatz des röm. Rechts, daß im Zweifel jedes Recht übertragbar sei, ein Prinzip, welches für unsern Fall noch besonders durch die einzelnen gesetzlichen Anwendungen, namentlich bei dem Sequester und dem Empfänger eines Prekarium bewiesen werde. Von jeher aber hat sich v. Savigny gegen diese Theorie erklärt, indem er vielmehr annimmt, man dürfe einen abgeleiteten Besitz durchaus nur in den bestimmten gesetzlichen Fällen annehmen, weil jeder solcher Besitz ein

nicht auszudehnendes singulare sei; und gewiß muß man dieser Meinung beistimmen, denn wenn die Gegner sich auf die allgemeine Regel von der Uebertragbarkeit der Rechte berufen, so übersehen sie, daß ein Recht nur insofern übertragen werden kann, als auch die faktischen Voraussetzungen desselben mit übertragen werden. Die Voraussetzungen des Interdikten-Rechts sind aber Detention und animus domini, und es kann also von einer Uebertragung jenes Rechts nur bei einem Eigenthum übertragenden Geschäfte die Rede sein. Wenn also die Gesetze auch in anderen Fällen, wo der neue Detentor diesen animus rem sibi habendi nicht erhalten hat, doch eine Uebertragung des Interdikten-Besitzes annehmen, so muß dies allerdings als eine Singularität erscheinen, welche keine analoge Ausdehnung zuläßt, vgl. auch Bruns S. 10 fgg.

3) In den bisher betrachteten Fällen des abgeleiteten Besitzes ist soviel gewiß, daß der Eigenthumsbesitzer (der Pfandschuldner, der dominus emphyteuseos u. s. w.) das Interdikten-Recht verloren hat, indem dasselbe ausschließlich dem Pfandgläubiger, Emphyteuta u. s. w. zusteht, wovon nur die eine auf singulären Gründen beruhende Ausnahme bei der Superfizies vorkommt, l. 3. §. 7. uti possidetis (s. oben), und wenn Hagen, über den gleichzeitigen Besitz des precario rogans und des rogatus, Hamm 1840 besonders wegen l. 15. §. 4. de precar. (43, 26) auch für den Geber eines Prekarium die Fortdauer einer possessio ad interdicta annimmt, so widerlegt sich dies, abgesehen von allgemeinen Gründen, schon hinreichend dadurch, daß demselben vielmehr ein interdictum *recuperandae* possessionis zusteht, welches nicht etwa, wie Hagen S. 26 fgg. irrig annimmt, erst durch den Widerruf, sondern sogleich mit der Entstehung des Prekarium begründet wird, vgl. unten §. 691. Anm., und die l. 15. §. 4. cit. muß daher gewiß im Sinne des Justinianischen Rechts auf den Usukapionsbesitz des precario dans beschränkt werden (s. unten lit. c.). — Was nun noch den Usukapionsbesitz in den Fällen des abgeleiteten Besitzes anbelangt, so haben wir

a) in Betreff des Pfandschuldners die ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, daß derselbe, trotz des Interdikten-Besitzes des Pfandgläubigers, doch noch ad usucapionem besitze, indem in dieser Beziehung der Pfandgläubiger einen blos prokuratorischen Besitz hat, l. 1. §. 15, l. 36. de poss., l. 16. de usurp. (41, 3), l. 29. de pign. act. (13, 7), Savigny §. 24, Sintenis in der anges. Abh. S. 415 fgg.

b) Ganz dasselbe Verhältniß muß wohl ohne Zweifel auch bei der Emphyteuse und bei der Superfizies eintreten, obwohl es hierbei an speziellen gesetzlichen Beispielen fehlt.

c) Was das Prekarium anbelangt, so geht die herrschende Lehre dahin, daß der precario dans auch den Usukapionsbesitz verliere, und ihm nur dadurch geholfen werde, daß ihm nach dem Widerruf des Prekarium der Besitz des Prezisten zugerechnet werde, und man beruft sich dafür auf l. 13. §. 7. de poss.:

> *Ulp.* „Si is, qui precario concessit, accessione velit uti ex persona ejus, cui concessit, an possit, quaeritur. Ego puto, eum, qui precario concessit, quamdiu manet precarium, accessione uti non

posse; si tamen receperit possessionem rupto precario, dicendum esse, accedere possessionem ejus temporis, quo precario possidebatur".

Offenbar hat aber Ulpian in der ganzen l. 13. von der accessio possessionis gar nicht in Beziehung auf usucapio, sondern lediglich in Beziehung auf das interdictum utrubi geredet, und dies geht, was insbesondere den §. 7. cit. anbelangt, auch schon daraus hervor, daß ja der precario accipiens gar nicht ad usucapionem besitzt, und also sein Besitz unmöglich dem Usukapionsbesitz des precario dans accediren kann, und dieser Umstand scheint mir so entscheidend, daß man dieser Stelle auch im Justinianischen Rechte keine Beziehung auf die usucapio geben darf, wozu wir um so mehr berechtigt sind, da ganz dasselbe auch noch bei einigen andren §§en der l. 13. cit. angenommen werden muß, vgl. §. 322. Anm. 2, und s. auch Denzinger, die accessio possess. S. 108 fgg. Muß man aber anerkennen, daß die l. 13. §. 7. cit. gar keinen Bezug auf den Usukapionsbesitz hat, so ist es gewiß das einzig Natürliche, bei dem Prekarium, gerade wie bei dem Faustpfande, anzunehmen, daß der Usukapionsbesitz des precario dans, ungeachtet des Interdiktenbesitzes des Empfängers, ununterbrochen fortdauere, und dafür spricht denn auch sehr bestimmt die l. 15. §. 4. de precar. (43, 26):

Pompon. „Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est; placet autem, penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum, qui rogasset, quia possederat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione".

Die jetzt gewöhnliche Ansicht, daß man diese l. 15. als durch l. 3. §. 5. de poss. aufgehoben ansehen müsse, und dieselbe nur irrthümlich in die Pandekten rezipirt sei, vgl. z. B. statt Aller Savigny S. 197 fgg., Schmidt, Kommodat. und Prekar. S. 71 fgg., erscheint mir schon wegen der sehr entschiedenen Fassung dieser Stelle, als eine äußerst gewagte. Insoweit, aber auch nur insoweit, stimme ich mit Hagen in der oben angef. Abh. überein, während ich, wie ich schon oben andeutete, seinen weitergehenden Behauptungen nicht beitreten kann, und am Wenigsten seiner ganz mißlungenen Interpretation der l. 13. §. 7. cit., vgl. dessen Abh. S. 30 fgg., und s. dagegen auch Schmidt a. a. O. S. 91 fgg.

d) Was endlich den Sequester anbelangt, so kann nach dem bestimmten Ausspruche Julian's dann, wenn der juristische Besitz auf denselben übergeht, weder von einem Fortlauf der Usukapion für eine der streitenden Partheien, noch auch später von einer accessio possessionis für den Sieger die Rede sein, l. 39. de poss.

Julian. „Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res, nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, *ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet;* at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat",

vgl. auch l. 17 fin. depos. (16, 3): „id enim agitur ea depositione, *ut neutrius possessioni id tempus procedat*". Wenn deßungeachtet Denzinger a. a. O. S. 112 fgg. eine accessio possessionis für den Sieger statuiren will, so ist dies um so unbegreiflicher, da in der That eine solche accessio auch aus dem innern Grunde unmöglich ist, weil der Sequester selbst keinen Usukapions-Besitz hat; vgl. auch Muther a. a. O. S. 241 fgg., Lenz a. a. O. S. 112 fgg.

Anm. 2. Ueber die Ausschließlichkeit des Besitzes vgl. besonders l. 3. §. 5. de poss. (*Paul.*): — — plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris; Sabinus tamen scribit, eum qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat, existimans, posse alium juste, alium injuste possidere, duos injuste vel duos juste non posse; quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat; quod est verius, non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. Cf. *Ulp.* in l. 5. §. 15. commodati. Damit steht auch nicht im Widerstreit Ulpian in l. 3. pr. uti possidetis (43, 17): „Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum. Quod qualiter procedat tractemus. Si quis proponeret possessionem justam et injustam, ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vinceretur, nam et tu possides et ego", wenn man nur die hypothetische Fassung dieser Stelle beachtet. Vgl. aber auch Pompon. in l. 15. §. 4. de precario (43, 26) und überhaupt Savigny §. 11. mit Witte in Gießer Zeitschr. N. F. XVIII. S. 250 fgg.

4) Von den Objekten des Besitzes. §. 201.

1) *Paul.* l. 3. pr. de poss.: Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.

2) *Idem* l. 30. §. 1 eod.: Locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem, et pro privato eum teneamus: sicut hominem liberum.

II. Vom Erwerb des Besitzes.

Einleitung. §. 202.

Paul. l. 3. §. 1. de poss.: Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.

Anm. Während die herrschende Lehre, in vollster Uebereinstimmung mit der faktischen Natur des Besitzes, dahin geht, daß von einer Succession in den Besitz keine Rede sein könne, hat jetzt Brinz, Pand. S. 60. und bes. in Bekker's Jahrb. III. S. 15 fgg. hiergegen Zweifel erhoben, die ich nicht für begründet halte. Die praktische Relevanz unsrer Frage ist folgende. Nach der gemeinen Meinung sind die Erfordernisse des Besitzerwerbs prinzipiell ganz dieselben, mag der Erwerb durch Occupation oder durch Tradition geschehen, indem in beiden Fällen in gleicher Weise es lediglich auf corpus und animus in der Person des Erwerbers ankommt. Wollte man aber einen derivativen Erwerb des Besitzes anerkennen, so müßte man außer diesen Erfordernissen in der Person des Erwerbers auch noch Konsensus zwischen Tradenten und Erwerber verlangen, und man müßte außerdem auch noch in der Person des Tradenten voraussetzen, daß er selbst auch juristischer Besitzer sei, denn „nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet“, und daß er auch fähig sei, einen Dispositionsakt vorzunehmen. Von all' dem ist aber in Wahrheit in unsren Gesetzen nicht die Rede.

1) Daß mangelnder Konsensus im Falle einer Tradition den Besitzerwerb hindere, soll nach Brinz S. 21 fgg. aus l. 34. pr. h. t. (s. die Worte unten §. 208. T. 4) hervorgehen. Daß in dem hier entschiedenen Falle der Missus blos deßhalb den fundus Cornelianus in Besitz nimmt, weil er ihn für den fundus Sempronianus hält, geht mit solcher Evidenz aus der Stelle hervor, daß ich nicht wohl begreifen kann, wie Brinz diesen Irrthum nur als einen möglicher Weise von Ulpian vorausgesetzten ansehen kann, denn, um nur Eines anzuführen, dächte man sich diesen Irrthum weg, so würde ja die Besitzergreifung des fundus Cornelianus im Sinne des Missus eine reine Okkupation sein, und es gäbe keinen denkbaren Grund, den Besitzerwerb in Abrede zu stellen. Vielmehr ist offenbar gerade dieser Irrthum der einzige Grund der Ulpianischen Entscheidung, wie auch noch aus den Worten „non puto errantem acquirere“ speziell hervorgeht, und das einfache Resultat ist demnach der unzweifelhaft richtige Satz, daß, wenn man eine andre Sache in Besitz nimmt, als diejenige, die man erwerben will, man Trotz des vorhandenen corpus doch nicht Besitzer wird, weil es an dem animus fehle, daß also *error in corpore* den Besitzerwerb ausschließt. Hätte der Missus wirklich den fundus *Sempronianus*, auf welchen sein animus gerichtet war, in Besitz genommen, so würde m. E. Ulpian unzweifelhaft, ungeachtet des mangelnden consensus, doch einen Besitzerwerb angenommen haben.

2) Dafür, daß durch Tradition nur dann Besitz übergehe, wenn der Tradent selbst Besitz gehabt, oder doch durch den Besitzer bevollmächtigt gewesen sei, hat Brinz kaum Scheingründe erbringen können. Aus l. 33. h. t. geht nur hervor, daß wenn die Besitzübertragung einer verkauften Sache von dem Bevollmächtigten des Verkäufers nach erloschener Vollmacht geschehen ist „possessio *non recte* tradita est“, worin doch gewiß keine Negation des Besitzerwerbs überhaupt liegt, vgl. auch l. 5. h. t., und die l. 5. C. h. t. sagt nur, daß durch unberechtigten Verkauf eines Grundstücks von Seiten eines Kolonen der Grundeigenthümer an der wirksamen Durchführung der rei vindicatio nicht

gehindert wird. Daß aber durch solchen Verkauf der Käufer niemals juristischen Besitz erlange, weil der Tradent selbst keinen solchen gehabt, kann daraus um so weniger abgeleitet werden, da aus andren, zum Theil von Brinz selbst angeführten Stellen klar genug hervorgeht, daß sogar Usukapion für solche Erwerber möglich ist, l. 34. de usurp. (41, 3):

„Si servus insciente domino rem peculiarem vendidisset, emtorem usucapere posse"

vgl. l. 2. C. ne rei dominicae (7, 38), l. 2. 5. C. de reb. alien. (4, 51), l. 3. C. de praescript. l. t. (7, 33).

3) Daß durch Tradition von Seiten eines Dispositions-Unfähigen, also z. B. von Seiten eines Wahnsinnigen oder Unmündigen, gar kein Besitz auf den Erwerber übergehe, wie aus l. 29. h. t. und l. 11. de acqu. rer. dom. (41, 1) gefolgert werden soll, wird schon dadurch widerlegt, daß ein solcher Erwerber usukapiren kann, l. 13. §. 1. de usurp. (41, 3), l. 2. §. 15. 16. pro emtore (41, 4), und in der That geht aus l. 29. cit. nur hervor, daß der Pupill ohne Tutor auf den Besitz nicht verzichten, und aus l. 11. cit., daß er nicht „possessionem *alienare*" kann, was nur die Bedeutung hat, daß für den Erwerber keine *accessio* possessionis begründet wird.

4) Wenn Brinz S. 61 fgg. die seiner Ansicht widerstreitenden Quellen-Aussprüche durch die Unterscheidung zwischen *possessionis* und *rei* traditio wegräumen will, indem blos im erstren Falle, wenn gerade nur der Besitz der Gegenstand der Uebertragung sei, die Successions-Theorie anwendbar sein soll, so ist dieses m. E. ein bloser Nothbehelf, dem es an äußern und innern Gründen fehlt — so würde darnach z. B. zum minus mehr verlangt, als zum majus, und so würde also z. E. wenn ein Pupill blos possessionem übertragen will, der Besitz nicht übergehen, während, wenn er rem übertragen will, der Erwerber allerdings Besitzer würde! —, und der überdies den praktischen Werth der neuen Theorie, wenn sie überhaupt begründet wäre, auf ein Minimum reduziren würde.

Vgl. auch Witte in Gieß. Zeitschr. N. F. XVIII. S. 237 fgg.

1) Apprehension. §. 203.

1) *Paul.* l. 3. §. 1. de poss.: Quod autem diximus, et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet, sed sufficit, quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, ut totum fundum usque ad terminum velit possidere.

2) *Idem* l. 1. §. 21 eod.: Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, quum ea in praesentia sit, videri mihi traditam Priscus ait, idemque esse, si numos debitorem jusserim alii dare; non est enim corpore et tactu necesse apprehendere

possessionem, sed etiam oculis et affectu, et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas. Nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint, et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emtori traditae fuerint.

3) *Papinian.* l. 74. de contr. emt. (18, 1): Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sunt; quo facto confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea; quod si venditoris merces non fuerunt, usucapio confestim inchoabitur.

4) *Sever.* et *Antonin.* l. 1. C. de donat. (8, 54): Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis, et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.

5) *Cels.* l. 18. §. 2. de poss.: Si venditorem, quae emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit; aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque se tradere possessionem dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem. Cf. l. 79. de solut.: — — et quoddammodo manu longa tradita existimanda est.

6) *Gai.* l. 5. §. 1. de adq. rer. dom. (41, 1): Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. Trebatio placuit, statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur; quodsi desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis. — — Plerique non aliter putaverunt, eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est.

7) *Paul.* l. 3. §. 3. de poss.: Neratius et Proculus solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia, quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant, eum qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim, qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat,

daß bei einer schenkweisen Tradition keine auctoritas tutoris nöthig sei, und es werden dafür, außer dem Wortlaut des Reskripts, der freilich für diese Ansicht sehr günstig ist, mancherlei Billigkeitsgründe angeführt, die jedoch schwerlich Jemanden überzeugen dürften. Puchta dagegen stimmt der Ansicht bei, daß nach l. 3. cit. das Kind durch eine jede Tradition, auch wenn dieselbe nicht in Folge einer Schenkung geschieht, selbst ohne tutoris auctoritas Besitz erwerben könne, weil in einem solchen Falle durch den Tradenten, wie sonst durch den Tutor der unvollständige animus des infans seine feste Richtung erhalten habe. Was aber schon vorher bei lit. a) gegen Puchta erinnert wurde, steht auch seiner Interpretation der l. 3. entgegen; ja, wollte man selbst zugeben, daß ein unvollständiger Wille des infans durch tutoris auctoritas gleichsam befestigt und also vervollständigt werden könne, so ist doch kaum einzusehen, wie der Einwirkung des Tradenten regelmäßig eine gleiche Wirkung zugestanden werden könne, und wenn dies wäre, warum soll denn nicht auch ein infans, dem ein Anderer ermunternd und anweisend zur Seite stände, durch Okkupation Besitz erwerben können? Ueberdies aber scheitert Puchta's Erklärung auch an dem Ausdruck der l. 3: *corpore* quaeritur, denn seiner Ansicht nach hat ja das Kind durch das Zureden des Tradenten den nöthigen animus possidendi erlangt, und es sind also in seiner Person die beiden Requisite, corpus und animus, vereinigt. — Allen diesen Erklärungen steht die Meinung gegenüber, es müsse die l. 3. in Gemäßheit der l. 32. §. 2. de poss. erklärt, und hier also durchaus die ***auctoritas tutoris*** subintelligirt werden; und in der That hat diese Ansicht soviel innere und äußere Gründe für sich, daß ich ganz der Aeußerung Savigny's beistimme, daß nach der vortrefflichen Entwickelung derselben von Donellus, comm. jur. civ. V. c. 11. eigentlich aller Streit seitdem als geendigt hätte betrachtet werden sollen, vgl. auch Zielonacki S. 94 fgg. Ich mache hier nur auf die Endworte: alioquin nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri, aufmerksam, die gewiß für die richtige Ansicht entscheidend sind, wenn man nur bedenkt, daß durch das *per tutorem* das Alleinhandeln des Tutor im Gegensatze der auctoritatis interpositio ausgedrückt wird, s. auch l. 1. §. 20. de poss. Daß freilich das responsum von Papinian, dessen Dezius erwähnt, gerade die vorher erörterte l. 32. §. 2. de poss. sei, wie Savigny annimmt, ist wohl irrig, denn nicht nur, daß in allen bekannten Handschriften und den Basiliken dies Fragment dem Paulus zugeschrieben wird, wogegen die unverbürgte Angabe von Alciat nicht in Betracht kommen kann: so ist auch die ganze Konjektur von Savigny darauf basirt, daß das Ende jener Stelle nach seinem Vorschlag gelesen werden müsse.

2) Wenn aber die Jahre der infantia schon überschritten sind, so soll nach Savigny a. a. O. noch erst die individuelle Reife des Pupillen untersucht werden, um darnach zu bestimmen, ob derselbe auch ohne tutoris auctoritas Besitz erwerben könne. Ohne alle Unterscheidung ist aber in mehreren Stellen der Satz ausgesprochen, daß der pupillus infantia major auch ohne tutoris auctoritas Besitz erwerben könne, und namentlich heißt es in l. 32. §. 2. de poss. unmittelbar nach den oben ausgezogenen Worten: Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest; vgl. auch l. 9. pr. de auct. et

cons. tutor. (26, 8) und arg. §. 10. J. de inutil. stipul. (3, 19) (woraus erhellt, daß sogar bei dem Erwerb durch Obligatio der infantiae proximus nicht schlechter daran sein soll, als der pubertati proximus). Die von Savigny für sich angeführte l. 26. C. de donat. (8, 54):

> „Si quis in emancipatum minorem, prius quam fari possit *aut habere rei quae sibi donatur affectum,* fundum crediderit conferendum, omne jus compleat instrumentis ante praemissis. Quod jus per eum servum, quem idoneum esse constiterit, transigi placuit, ut per eum infanti acquiratur",

beweist auch nichts dagegen, denn die, von Savigny freilich ausgelassenen Schlußworte: ut p. e. *infanti* acquiratur bezeugen bestimmt genug, daß hier gar nicht von infantia majores, sondern eben nur von infantes die Rede ist; und eben so wenig läßt sich für Savigny's Meinung die l. 1. §. 3. de poss. anführen, denn auch hier können völlig ungezwungen die Worte: si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant, als ein umschreibender Ausdruck für jeden infantia major aufgefaßt werden. Vgl. auch Goldschmidt im civ. Arch. XXXIX. S. 434 fgg.

Anm. 2. In Betreff der interessanten Frage: ob und inwieweit der Besitzer einer zusammengesetzten Sache auch als Besitzer eines einzelnen Bestandtheils angesehen werden könne? sind die Ansichten unsrer Juristen auch noch h. z. T. sehr verschieden:

Savigny §. 22 geht davon aus: wer den Besitz eines Ganzen erwirbt, besitzt nur das Ganze, nicht jeden Theil für sich, und so kann also z. B. wer einen Wagen in Besitz nimmt, das gestohlene Rad mit usukapiren, wenn der Usukapion des Wagens nichts entgegen steht, und umgekehrt fällt auch die Usukapion des Rades weg, wenn der Wagen als Ganzes nicht ersessen werden kann. Eine andere Folge hiervon ist, daß, wenn vor vollendeter Usukapion des Ganzen ein Theil getrennt wird, hieran ein neuer Besitz und eine neue Usukapion anfangen muß, während, wenn die Trennung erst nach vollendeter Usukapio des Ganzen erfolgt, zwar ebenfalls ein neuer Besitz an dem getrennten Theile vorkommt, aber eine neue Usukapion nicht nöthig wird, weil das durch die Usukapion erworbene Eigenthum durch die Trennung der Theile nicht aufgehoben wird. Von diesem letzteren Satz kommt nur eine Ausnahme bei Baumaterialien vor, indem hier, wenn das Haus und die Materialien verschiedenen Eigenthümern gehören, die vollendete Usukapion des Hauses nicht auch einen Eigenthums-Erwerb der Balken, Steine und dergl. herbeiführt, wovon der Grund in dem bekannten Prinzip liegt, daß der Eigenthümer nicht auf die Trennung seiner mit einem fremden Gebäude verbundenen Baumaterialien klagen kann. — In der Anwendung der bisher entwickelten Regel unterscheidet sich aber der Erwerb des Besitzes von dem Verluste desselben, denn wenn der Besitz einer Sache einmal angefangen hat, so wird derselbe dadurch nicht verloren, daß diese Sache mit anderen Sachen zu einem neuen Ganzen verbunden wird. — Dieser Ansicht folgen im Ganzen auch Madai im civ. Arch. XXV. S. 313 fgg., Sell, dingl. Rechte I. S. 134 fgg., *Molitor* cit. p. 77 sqq., Windscheid in Sell's Jahrb. I. S. 449 fgg., Binding im civ. Archiv XXVII. S. 216 fgg., S. 360 fgg., Heimbach in

Weiske's Rechtslex. XII. S. 370 fgg.; die drei Letztren jedoch mit einer allerdings wesentlichen Abweichung in Betreff der mittelbaren Usukapion, indem sie das, was Savigny nur als Ausnahms-Bestimmung für Baumaterialien ansieht, als die eigentliche Regel für alle Arten von zusammengesetzten Sachen auffassen.

Thibaut im civ. Arch. VII. S. 79 fgg., vgl. mit dessen System §. 211 und Braun's Erörtr. S. 302 fgg. stimmt in Beziehung auf den ersten Satz: wer den Besitz eines Ganzen erwirbt, besitzt nur das Ganze, nicht jeden Theil für sich, ganz mit Savigny überein. Für den zweiten Fall aber, wenn Jemand eine einzelne Sache als solche besessen, und dann eine Verbindung derselben mit einer andern vorgenommen hat, stellt er den Grundsatz auf: wenn eine Mobilie mit einer andern Mobilie verbunden wird, so dauert der frühere Besitz unbedingt fort, im Fall aber eine Mobilie mit einer Immobilie verbunden wird, verhält sich dies umgekehrt, es müßten denn blos noch zehn Tage zur Verjährung der Mobilie nöthig gewesen sein, indem in diesem letzteren Falle die Verjährung allerdings trotz der Verbindung fortläuft.

Unterholzner, Verjährungsl. I. §. 49. 50. stellt dagegen folgende Sätze auf: Eine unbewegliche Sache werde immer nur als Ganzes, nicht auch in ihren einzelnen Theilen besessen, so daß also stets, wenn eine Trennung erfolge, an dem getrennten Theile neuer Besitz und neue Verjährung anfangen müsse; ja, dies müsse selbst dann geschehen, wenn die Usukapion des Ganzen schon vollendet sei, denn was Savigny blos als Ausnahme für Baumaterialien betrachte, sei vielmehr die allgemeine Regel für alle mit einer Immobilie verbundenen Sachen. Immer werde demnach auch, wenn eine bewegliche Sache mit einer unbeweglichen verbunden werde, der Besitz und die Verjährung der ersteren dadurch unterbrochen. — Umgekehrt aber verhalte es sich bei dem Besitz von Mobilien. Werde nämlich eine bewegliche Sache mit einer anderen Mobilie in Verbindung gebracht, so daure der Besitz und die Usukapion der einzelnen Sache ungeachtet der Verbindung fort, und auch, wenn man eine zusammengesetzte bewegliche Sache als eine solche zu besitzen angefangen habe, besitze man doch die einzelnen Theile.

Sintenis in einer ausführlichen Abhandl. im civ. Arch. XX. S. 75 fgg. stimmt in den Resultaten völlig mit Unterholzner überein, und nur die Art der Begründung ist theilweise verschieden, und eben dies ist auch bei Kierulff, Theorie I. S. 375 fgg. der Fall, nur daß dieser in Betreff der mittelbaren Usukapion die Grundsätze von Savigny, und nicht die von Unterholzner adoptirt hat.

Pape in der Gieß. Zeitschr. N. F. IV. S. 211 fgg. geht davon aus, daß bei keiner Art von zusammengesetzten Sachen, weder bei beweglichen noch bei unbeweglichen, ein selbstständiger Besitz eines einzelnen Theils angenommen werden könne, und zwar weder dann, wenn man seinen Besitz am Ganzen begonnen, noch auch dann, wenn man vorher die einzelne Sache besessen, und dieselbe dann mit dem Ganzen verbunden habe, von welchem letztren Satze in dem einzigen Falle eine Ausnahme vorkomme, wenn an der Usukapion der vorher einzeln besessenen Sache nur noch zehn Tage fehlten. In Betreff der mittelbaren Usukapion stimmt Pape mit Savigny überein.

Auch Stephan im ziv. Arch. XXXI. S. 373 fgg. will nicht unterscheiden, ob man die zusammengesetzte Sache als Ganzes zu besitzen angefangen, oder ob man vorher die einzelne Sache besessen habe, sondern für beide Fälle gleichmäßig stellt er die Regel auf, daß Besitz und Verjährung des verbundenen Theils immer nur in und mit dem Ganzen möglich sei, es müßte denn dieser Theil auch nach der Verbindung seine volle Selbstständigkeit beibehalten. In Betreff der mittelbaren Usukapion folgt Stephan der Lehre von Unterholzner und Sintenis.

Lenz endlich, a. a. O. S. 139 fgg., will ebenfalls keinerlei Sonderbesitz eines Theils anerkennen, und nimmt in Folge davon einen Besitzverlust an, wenn man die besonders besessene Sache einer andren Sache als Theil einfügt; aber es höre auch nur der Besitz auf, während die begonnene Usukapion allerdings fortlaufe, indem zu deren Fortsetzung kein ununterbrochener Besitz, sondern nur fortdauernder Usus erforderlich sei. —

Nach meinem Dafürhalten ist die Theorie Savigny's, mit der von Windscheid und Binding vertheidigten Modifikation in Betreff der mittelbaren Usukapion, die allein richtige, indem sie nicht nur mit allgemeinen Grundsätzen übereinstimmt, sondern auch sehr bestimmte Quellen-Zeugnisse für sich hat. Demgemäß müssen folgende Sätze aufgestellt werden:

1) Wenn Jemand den Besitz einer zusammengesetzten Sache erwirbt, so besitzt er nur die ganze Sache, und einen einzelnen Theil derselben nur in und mit dem Ganzen, nicht aber als etwas Besonderes. Die ausschließliche physische Einwirkung auf einen solchen Theil ist zwar, ungeachtet der Verbindung mit dem Ganzen, vollkommen möglich, und von dieser Seite aus — quoad *corpus* — würde also dem Besitzerwerbe nichts im Wege stehen. Wohl aber muß die Möglichkeit des *animus* possidendi geleugnet werden, denn da das Ganze eben nur aus einer Kombination der einzelnen Theile besteht („ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat", l. 30. pr. de usurp.), und folglich der Begriff des Ganzen von selbst wegfällt, sobald man sich diese Verbindung wegdenkt, und die einzelnen Theile als besondre Sachen auffaßt: so kann neben einem auf das Ganze gerichteten animus possidendi unmöglich zugleich ein animus possidendi Platz greifen, der auf die einzelnen Theile in ihrer Besonderheit gerichtet wäre. Dieser Grundsatz wird denn auch, zunächst zwar nur für Gebäude, aber doch offenbar mit allgemeiner Geltung, mit großer Schärfe und Bestimmtheit ausgesprochen in l. 23. pr. de usurp. (41, 3):

Javolen. „Eum qui aedes mercatus est, non puto aliud, quam ipsas aedes possidere, nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possidebit, separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit; accedit eo, quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat, possessione superficiei temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum se capturum esse ampliori; quod absurdum et minime juri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur, utputa quum aedes ex duabus rebus constent, ex solo et superficie, et universitas earum possessione temporis immobilium rerum dominium mutet". (Ueber die hier angenommene Lesart der letzten Worte,

welche nach der Florent. „possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet“ ganz sinnlos sind, vgl. *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. VI. p. 422, Savigny S. 307. Note).

Vgl. auch l. 8. quod vi (43, 24), l. 30. de poss.

Paul. „Qui universas aedes possidet, singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possedisse; idem dici debet et de nave et de armario“. (Möglicher Weise kann diese Stelle allerdings auch von solchen Sachen verstanden werden, die nur in einem Gebäude, einem Schiffe und dergl. aufbewahrt werden, und unter dieser Voraussetzung würde sie gar nicht hierher gehören; der Gegensatz: *universas* aedes beweis't aber doch wohl bestimmt genug, daß hier vielmehr von einzelnen Bestandtheilen des Hauses oder Schiffes die Rede ist, auf welche der Ausdruck res *in aedificio* auch vollkommen paßt, vgl. auch l. 23. §. 2. de usurp.).

2) Ganz anders ist der zweite Fall zu beurtheilen, wenn Jemand, der schon im Besitze einer einzelnen Sache war, dieselbe mit einer andren ebenfalls von ihm besessenen Sache verbindet. Hierbei kommen nämlich begreiflich nicht, wie in dem eben bei Nr. 1. besprochenen Falle, die Grundsätze über Besitzerwerb, sondern vielmehr die Prinzipien über Verlust des Besitzes in Betracht, indem hier die Frage nur die sein kann, ob durch eine solche Verbindung der Besitz der einzelnen Sache, welcher vorher unzweifelhaft vorhanden war, verloren gehe oder nicht? Daß nun in einem solchen Falle der Besitz nicht *corpore* verloren wird, kann im Allgemeinen nicht bezweifelt werden, da ja ungeachtet der Verbindung mit einer andren Sache, die ausschließliche physische Einwirkung ganz und gar nicht unmöglich wird. Aber eben so wenig kann auch von einem Besitzverlust *animo* die Rede sein, weil ja bekanntlich zu einem solchen Verluste nicht hinreicht, daß der animus possidendi wegfällt, sondern vielmehr dazu ein neuer animus non possidendi erforderlich ist (§. 208), ein solcher sich aber keineswegs in der Thatsache der Kombination ausspricht. Nach allgemeinen Grundsätzen muß also gewiß ungeachtet einer solchen Verbindung die Fortdauer des vorher innegehabten Besitzes angenommen werden, und nur dann leidet dies aus begreiflichen Gründen eine Ausnahme, wenn die Verbindung derartig ist, daß die eine Sache ganz in die andre Sache übergeht, und als besondre Sache in derselben verschwindet; denn in diesem Falle ist die eine Sache ganz untergegangen, und aus diesem Grunde dann ein Besitzverlust *corpore* vorhanden. Hiermit stimmen denn auch die Gesetze vollkommen überein, und zwar gehört hierher vor Allem die l. 30. de usurp. (41, 3), wo Pomponius ex professo die Frage behandelt, inwiefern die Verbindung mehrerer Sachen eine laufende Verjährung unterbreche („rerum mixtura facta an usucapionem cujusque praecedentem interrumpit, quaeritur“). Zu diesem Zwecke unterscheidet er drei Arten von Sachen, einfache, zusammengesetzte, und Begriffsganze (s. oben §. 71), und nachdem er die einfachen, deren Theile in organischem Zusammenhange stehen, kurz beseitigt hat, weil bei ihnen die ganze Frage gar nicht vorkommen könne, handelt er im §. 1. von den zusammengesetzten Sachen, und in §. 2. von den Begriffsganzen. Der §. 1. ist hiernach dazu bestimmt, gerade unsere Frage vollständig zu beantworten, und zwar geschieht dies in folgender Weise:

„**Labeo libris Epistolarum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas conjecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annullo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, quum utrumque maneat integrum**".

Geht man hierbei von der gewiß sehr natürlichen Annahme aus, daß die zehn Tage nicht ein bestimmendes Moment für die Entscheidung bilden, sondern nur beispielsweise angeführt sind, um den Fall einer noch nicht vollendeten Usukapion damit anzudeuten: so ist der unzweideutige Sinn dieser Stelle folgender. „Wenn Jemand eine Mobilie, die er im Usukapionsbesitz hat, vor Vollendung der Usukapion mit einer Immobilie in Verbindung bringt, z. B. Dachziegeln oder Säulen mit einem Hause, so lauft ungeachtet dieser Verbindung die bisherige Usukapion fort, vorausgesetzt natürlich, daß er das Haus besitzt; dasselbe muß auch dann angenommen werden, wenn eine Mobilie mit einer andren Mobilie in Verbindung gebracht wird, z. B. eine Gemme mit einem Ringe, denn auch hier wird der frühere Besitz und die frühere Usukapion sowohl der Gemme, als des Rings fortgesetzt, da ja ungeachtet der Verbindung, Keins in dem Andern untergeht, sondern Beides in seiner Integrität bleibt". Hiernach spricht Pomponius genau das aus, was oben als das Ergebniß allgemeiner Grundsätze angenommen worden ist, und diese Uebereinstimmung mit allgemeinen Prinzipien ist kein unerhebliches Moment für die Richtigkeit der hier gegebenen Auslegung. Nur ein Umstand kann nicht ohne Schein gegen dieselbe eingewendet werden, und ist auch wirklich schon öfter gegen dieselbe eingewendet worden, daß nämlich sowohl die **columnae, l. 33. de serv. praed. urb. (8, 2), l. 41. §. 1. 9. de leg. I., l. 21. §. 2. de legat. III.**, als auch die **tegulae, l. 1. §. 1. de tigno juncto (47, 3)** als *tigna* betrachtet werden müßten, daß aber **tigna aedibus juncta** nach bekannten Grundsätzen des römischen Rechts nicht vindizirt werden könnten (§. 300), und daß folglich auch nach der Regel **agere non valenti non currit praescriptio** die Verjährung derselben nothwendig sistirt werden müsse, während nach unserer Auslegung ein Fortlauf der Verjährung von Pomponius angenommen würde. So scheinbar dieser Einwand ist, so kann ich ihn dennoch nicht für entscheidend halten. Zunächst nämlich dürfte es noch sehr problematisch sein, ob man den Säulen und Dachziegeln allgemein die Qualität von **tigna** im Sinne des 12 Tafelgesetzes beilegen darf, denn daß dies für die **columnae** wenigstens nicht allgemein wahr ist, geht theils aus der Natur der Sache, theils aus **l. 23. §. 1. de usurp. (41, 3)** hervor, und von den **tegulae** wird die juristische Qualität von **tigna** in **l. 1. §. 1. de tigno juncto** nur mit: **quidam ajunt** behauptet, womit doch gewiß nicht gesagt ist, daß auch gerade Labeo und Pomponius zu diesem **quidam** gehört haben. Selbst wenn man aber auch nothwendig Säulen und Dachziegeln als **tigna** auffassen müßte, und dabei also wirklich die singuläre Vorschrift der 12 Tafeln zur Anwendung käme: so ist doch soviel gewiß, daß Pomponius in unsrer Stelle, wo er die allgemeinen Grundsätze über die Usukapion der Theile einer zusammengesetzten Sache entwickeln will,

das singuläre Recht der **tigna** nicht im Auge hat, daß er also jedenfalls in den von ihm gewählten Beispielen von der Qualität der **tigna** absieht, sondern Säulen und Dachziegeln nur als naheliegende Beispiele für Bestandtheile einer **res composita** anführt. Höchstens kann man also zugeben, daß Pomponius seine Beispiele nicht umsichtig genug ausgewählt habe; aber die durch diese Beispiele erläuterte Regel kann dadurch nicht wankend gemacht werden. Gewiß mit Recht hat daher die oben gegebene Auslegung zahlreiche Vertheidiger gefunden, vgl. z. B. Savigny, Madai (der nur die Worte: **quum utrumque maneat integrum** irrig auffaßt), Windscheid, Binding u. A. m. Doch fehlt es auch nicht an abweichenden Interpretationen. So faßt z. B. Thibaut die 10 Tage wirklich als Motiv für die Entscheidung des Pomponius auf (**modicum tempus! l. 21. §. 1. de pec. constit.**), und leitet dann, vermittelst des **argum. a contrario** daraus den Satz ab, daß, wenn eine Mobilie mit einer Immobilie verbunden werde, der Regel nach keine Fortdauer des früheren Besitzes anzunehmen sei; und noch weiter geht Pape a. a. O., der die zehn Tage sogar auch bei der Entscheidung des zweiten Falls, wenn eine Mobilie mit einer Mobilie verbunden wird, subintelligiren will, und auf diesem Wege zu der allgemeinen Regel kommt, daß bei keiner Art von zusammengesetzten Sachen der frühere Besitz fortgesetzt werde. Unterholzner a. a. O. hält sich dagegen durch den ganzen Bau der Stelle für berechtigt, **nihilominus** in **nihilomagis** umzuändern, und leitet dann in dieser Fassung daraus den Satz ab, daß der Besitz der Mobilie durch Verbindung mit einer Immobilie stets aufgehoben werde. Zu demselben Resultate kommen Sintenis und Kierulff a. a. O., indem sie in dem ***nihilominus*** nur eine einfache Negation sehen, besonders nach der Auktorität von ***Priscian.:* Nostri quoque frequenter duplici abnegatione uti, ut *nihilominus* pro *non;*** und wieder auf einem andren Wege gelangt Stephan a. a. O. zu demselben Ziele, indem er den ersten Theil unsrer Stelle so versteht, daß hier allerdings der Einzelbesitz und die Einzelverjährung negirt, und in den Worten **nihilominus usucapturum, si aedificium possedisset** nur die Verjährung in und mit dem Gebäude zugelassen werde. Lenz endlich will, wie schon oben angedeutet ist, die Stelle dadurch erklären, daß in der ersten Hälfte derselben nur eine Fortsetzung der Usukapion, aber nicht auch des Besitzes von Pomponius angenommen sei. Einer besondren Widerlegung dieser theils ganz willkürlichen, theils höchst gezwungenen Auslegungen bedarf es m. E. nicht. — Gegen die hier aus allgemeinen Gründen und aus ungekünstelter Interpretation der **l. 30. cit.** abgeleitete Ansicht kann auch gewiß nicht die **l. 7. §. 1. ad exhib. (10, 4)** angeführt werden:

> ***Ulp.* „Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum, et ita Pomponius scribit, *quamvis tunc* (Vulg. eam) *civiliter non possideas*“,**

denn Ulpian und Pomponius wollen hier gewiß nicht sagen, wie Viele irrig annehmen, daß durch die Verbindung des Rads mit dem Wagen immer der juristische Besitz des Rads aufhöre, sondern der Sinn der Stelle ist einfach der: wenn Jemand ein Rad mit seinem Wagen verbindet, so kann die **actio ad exhibendum** angestellt werden, sollte er das Rad auch gar nicht **animo domini** im Besitz haben.

3) Aus den oben bei Nr. 1. gegebenen Erörtrungen, wornach dann, wenn Jemand eine zusammengesetzte Sache in Besitz nimmt, nicht auch die einzelnen Theile in ihrer Besonderheit besessen werden, geht mit Nothwendigkeit der Folgesatz hervor, daß, wenn nachher eine Trennung eines einzelnen Bestandtheils erfolgt, immer ein neuer Besitz von vorne anfangen muß. Was aber die Usukapion insbesondere anbelangt, so ist soviel ausgemacht, daß, wenn die Trennung erfolgte, ehe die Usukapion der ganzen Sache vollendet war, stets auch eine ganz neue Usukapion an dem getrennten Theile beginnen muß, und so ist also z. B. wenn Jemand ein Haus 9 Jahre und 6 Monate im Usukapions-Besitz hatte, und dann einzelne Theile desselben davon trennt, etwa Fenster, Thüren oder dgl. zwar das Haus in 6 Monaten erworben, aber an den davon ausgeschiedenen Fenstern oder Thüren muß eine neue dreijährige Verjährung anfangen. Wie es sich aber verhalte, wenn ein einzelner Bestandtheil abgelös't wird, nachdem der Besitzer bereits das Eigenthum des Ganzen durch Verjährung erworben hat, ist auch noch h. z. T. sehr streitig, denn während Viele annehmen, daß damit allerdings auch das Eigenthum der einzelnen Theile erworben sei, wovon nur aus singulären Gründen eine Ausnahme bei Baumaterialien vorkommt, vgl. z. B. Savigny, Kierulff, Pape, Sell a. d. aa. OO., leugnen dies Andre ganz entschieden, z. B. Unterholzner, Sintenis, Stephan citt., und wieder Andre endlich wollen unterscheiden, ob vor der Verjährung das Ganze und die einzelnen Bestandtheile denselben, oder ob sie verschiedene Eigenthümer hatten, indem sie im erstren Falle die Verjährung des Ganzen auch für den Eigenthums-Erwerb der einzelnen Bestandtheile wirksam sein lassen, während sich dies im zweiten Falle anders verhalte, vgl. z. B. Windscheid und Binding a. d. aa. OO. Diese letztere Ansicht halte ich für die richtige. Wenn nämlich Unterholzner und Sintenis behaupten, daß die Konsequenz vielmehr zu dem Satze führe, daß die Verjährung des Ganzen sich niemals auf die einzelnen Theile erstrecke, denn wenn man nur das Ganze und nicht auch die einzelnen Theile besitze, so könne man auch nur das Ganze nicht auch die einzelnen Theile ersitzen, so ist dies nur ein Scheingrund, denn mit dem Satze, daß man eine res composita nur als Ganzes besitze, soll ja nicht der Besitz der einzelnen Theile ganz negirt, sondern es soll damit nur gesagt sein, daß die einzelnen Theile nicht als besondere Sachen besessen werden; in und mit dem Ganzen werden sie allerdings besessen, und insofern ist also allerdings auch eine Verjährung möglich. Aber eben weil hier kein selbstständiger Besitz vorkommt, sondern Besitz und Verjährung nur in und mit dem Ganzen möglich ist, so kann auch der Erfolg lediglich der sein, daß derjenige, welcher durch Verjährung Eigenthümer einer zusammengesetzten Sache geworden ist, auch das Eigenthum eines einzelnen Theils nur so erwirbt, wie wenn er in andrer Weise, etwa durch Tradition, Eigenthümer des Ganzen geworden wäre, und daraus geht dann von selbst hervor, daß die beiden Fälle, wenn vor der Verjährung ein einzelner Bestandtheil und die ganze Sache im Eigenthum eines Einzigen standen, und wenn sie verschiedenen Eigenthümern angehörten, ganz verschieden beurtheilt werden müssen. Im erstren Falle ist nothwendig mit der Usukapion des Ganzen von selbst auch das volle Eigenthum des einzelnen Theils erworben, und wenn jetzt eine Trennung erfolgt,

so kann der frühere Eigenthümer eben so wenig den einzelnen getrennten Theil, wie die ganze Sache mit Wirksamkeit vindiziren. Im zweiten Fall aber ist mit der Verjährung des Ganzen nicht auch das Eigenthum des einzelnen Bestandtheils erworben, eben weil dies ein von dem Eigenthum des Ganzen verschiedenes ist, und zu dessen Erwerb also nothwendig ein besondrer Besitz des einzelnen Theils erforderlich gewesen wäre. Mit diesen Grundsätzen stimmen denn auch die Gesetze vollkommen überein, denn sowohl Gaius in l. 7. §. 11. de acq. rer. dom. (41, 1), als Paulus in l. 23. §. 7. de R. V. (6, 1) entscheiden den Fall, wenn Jemand das Eigenthum eines Hauses durch Usukapion erworben, und dasselbe dann abgebrochen wird, einstimmig dahin, daß der frühere Eigenthümer der dazu verwandten Materialien dieselben jetzt ungeachtet der vollendeten Usukapion unbedenklich vindiziren könne, und wenn Savigny behauptet, daß dies nur eine, aus der bekannten Vorschrift der Zwölftafeln über tigna juncta hervorgegangene Singularität für Baumaterialien sei, so ist dies gewiß nicht zu billigen, da in beiden Stellen durchaus nicht auf etwas Singuläres hingewiesen, sondern der Grund der Entscheidung lediglich in das Verhältniß der Theile zu dem Ganzen gesetzt wird, l. 23. §. 7. cit.:: „nec enim *singula caementa* usucapiuntur, si *domus* per temporis spatium nostra fiat", l. 7. §. 11. cit.: causa dubitationis est, an eo ipso, quod *universitas aedificii* longo tempore capta est, *singulae quoque res,* ex quibus constabat, captae essent? quod non placuit". Beide Stellen reden aber ganz bestimmt nur von dem Falle, wenn der Erbauer des Hauses fremde Materialien dazu verwandt hat (l. 23. §. 7. cit.: „si quis *ex alienis caementis* in solo suo aedificaverit", l. 7. §. 11. cit.: si *id* aedificium" vgl. mit l. 7. §. 10. eod.: „quum in suo loco aliquis *aliena materia* aedificaverit"), wenn also das Haus und die Materialien verschiedenen Eigenthümern gehörten; und gewiß müssen also auch auf diesen Fall die Entscheidungen von Gaius und Paulus beschränkt werden. Für den andren Fall, wenn das Ganze und die einzelnen Bestandtheile desselben vor der Verjährung denselben Eigenthümer hatten, fehlt es meines Wissens an speziellen gesetzlichen Bestimmungen, aber wir bedürfen derselben auch nicht, da hier m. E. mit innerer Nothwendigkeit der Eigenthums-Erwerb des Ganzen immer auch den Erwerb der einzelnen Theile mit sich führt, einerlei ob durch Usukapion oder in irgend einer andren Weise der Erwerb geschehen ist. — Wenn übrigens in dem Obigen gegen Savigny behauptet worden ist, daß in Betreff der mittelbaren Usukapion die Baumaterialien nicht unter besondren Grundsätzen stehen, sondern dabei lediglich die allgemeinen Prinzipien über Verjährung zusammengesetzter Sachen Platz greifen: so soll damit doch nicht gesagt sein, daß die Bestimmung der Zwölftafeln über tigna aedibus juncta ganz ohne Einfluß auf die Usukapion sei. Wenn nämlich Jemand den Usukapionsbesitz einzelner fremder tigna hat, und dieselben vor vollendeter Usukapion mit einem Gebäude verbindet, so müßte ohne jene Bestimmung der Zwölftafeln die Usukapion derselben trotz der Verbindung nach den bei Nr. 2. entwickelten Grundsätzen fortlaufen; weil aber die Zwölftafeln in diesem Falle die actio ad exhibendum und die rei vindicatio verbieten, so muß allerdings singulärer Weise, so lange die Verbindung dauert, die Verjährung sistirt werden. Wenn Windscheid a. a. O. S. 469

und Sell a. a. O. S. 142 fgg. Anm. auch dieses leugnen, und also auch in dieser Beziehung die Baumaterialien unter die allgemeinen Grundsätze stellen wollen, so gehen sie hierin offenbar zu weit.

Anm. 3. Ueber die Rechtsregel *nemo sibi causam possessionis mutare potest*, vgl. l. 1. §. 2. pro donato (41, 6), l. 5. C. de poss. (7. 32), l. 23. C. de loc. et cond. (4, 65) — l. 3. §. 19. 20, l. 18. pr., l. 19. §. 1. de poss., l. 10. f. si pars heredit. petat. (5, 4), l. 33. §. 1. de usurp. (41, 3), l. 2. §. 21. pro emt. (41, 4), l. 6. §. 3, l. 22. pr. de precar. (43, 26). — Savigny §. 7, Gans, Scholien zu Gaius S. 265 fgg., Unterholzner, Verjährungsl. I. §. 160; Thon im Rhein. Mus. IV. S. 99 fgg., Gesterding, Nachforsch. Th. V. Abth. 2. S. 55 fgg., *Molitor* l. c. p. 86 sqq., Schirmer in Gieß. Zeitschr. N. F. XI. S. 433 fgg.

3) Erwerb durch Stellvertreter. §. 205.

Savigny §. 26. 27, *Molitor* p. 92 sqq. Vgl. auch Chambon, negotior. gestio S. 161 fgg., Bremer in der Gieß. Ztschr. N. F. XI. S. 211 fgg., XVII. S. 193 fgg., Schirmer, ebendas. XIV. S. 167 fgg., Ihering in seinen und Gerber's Jahrbüchern I. S. 324 fgg.

Paul. rec. sent. V. 2. §. 1. Possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, *corpore vel nostro vel alieno.*

Anm. Regel ist es, daß wir dann Besitz durch einen Stellvertreter erwerben können, wenn derselbe die Absicht hat, für uns zu erwerben, l. 1. §. 19. 20. de poss. Wie aber, wenn Jemand meinem Stellvertreter etwas für mich tradirt, der Stellvertreter aber für sich erwerben will? Sehr bestimmt entscheidet Ulpian in l. 13. de donat. (39, 5) diesen Fall dahin: nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit. In l. 37. §. 6. de adqu. dom. (41, 1) sagt freilich Julian von ganz demselben Fall: nihil agetur, und es ist allerdings das Wahrscheinlichste, diese Entscheidung im Sinn des Konzipienten als widerstreitend mit dem Ausspruch der l. 13. anzunehmen; aber im Sinne der Kompilatoren läßt sich recht wohl eine Vereinigung statuiren, indem man die letztere Stelle durch die erstere supplirt, und bei dem nihil agetur hinzudenkt: ex mente procuratoris, was jetzt besonders nach v. Savigny's (§. 26.) Auktorität auch ziemlich allgemein angenommen wird. (Wenn manche Neueren nach dem Vorgang von *Donell.* comm. V. 10. 6, beide Stellen dadurch unter sich und mit den allgemeinen Prinzipien über Besitzerwerb in Einklang bringen wollen, daß sie die l. 13. cit. von dem Falle einer blosen Mentalreservation, die l. 37. §. 6. cit. dagegen von einem Falle verstehen wollen, in welchem der Stellvertreter seine Absicht für sich erwerben zu wollen, dem Tradenten gegenüber bestimmt ausspricht, vgl. Bremer a. a. O. XI. S. 249 fgg., Schirmer in Gießer Zeitschr. N. F. XI. S. 458 fgg., XIV. S. 167 fgg., Brinz, Pandekten S. 69,

Witte in Gießer Zeitschr. XVIII. S. 386 fgg.: so ist eine solche Unterscheidung nicht nur den Worten beider Stellen ganz fremd — denn das: „ille quasi sibi acquisiturus acceperit“ in l. 13. cit. und das: „is hac mente acceperit, ut suam faceret“ in l. 37. §. 6. cit. deuten doch gewiß nicht auf zwei verschiedene Fälle hin! —, sondern sie würde auch zu unhaltbaren Resultaten führen. Wenn nämlich der Stellvertreter ausdrücklich erklärt, daß er für sich und nicht für den Prinzipal den Besitz erwerben wolle, und der Tradent übergibt ihm Trotz dieser Erklärung die Sache, so wird m. E. ganz unzweifelhaft der Besitz für den Stellvertreter erworben, und die Entscheidung Julian's: nihil agetur, wäre in keinem Falle zutreffend). Die ebenfalls noch hierher gezogene l. 59. de adqu. dom. gehört aber gar nicht hierher, indem hier das Mandat darauf gerichtet war, daß ein Prokurator die Sache in eigenem Namen erwerben, und dann auf den Mandans übertragen solle; und in l. 43. §. 1. de furt. (47, 2) ist von einem falsus procurator die Rede, also von einem Falle, wo es an aller Repräsentation mangelt, v. Savigny a. a. O. — Von dem anderen Falle, wenn ein freier Stellvertreter das, was ihm für den Einen gegeben wird, für einen Anderen erwerben will, reden unsere Gesetze nicht besonders, und Thibaut in Braun's Erörtr. S. 309 will daher wegen der faktischen Natur des Besitzes, daß der Erwerb dem Dritten zufalle, während Hufeland, Zivilr. §. 727 annimmt, der ganze Akt sei nichtig. Aber gewiß mit Recht entscheidet v. Savigny a. a. O. diesen Fall analog mit dem vorigen dahin, daß derjenige den Erwerb mache, welchen der Tradent im Sinne habe.

III. Von dem Verlust des Besitzes.

Einleitung. §. 206.

Paul. l. 153. de R. J. Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur; cum quibus modis adquirimus, hisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum. — L. 8. de poss. — v. Savigny §. 30.

1) Verlust durch äußere Begebenheit. §. 207.

1) *Paul.* l. 3. §. 13. de poss.: Nerva filius, res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, i. e. [al.: idem] quatenus, si velimus naturalem possessionem nancisci possimus; nam pecus simul atque aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere ab nobis possideri, licet a nullo possideatur, dissimiliter atque si

sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia praesentia ejus sit et tantum cessat interim diligens inquisitio.

2) *Idem* l. 3. §. 7. 8. eod.: Si animo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. (§. 8.) Si quis nuntiet, domum a latronibus occupatum, et dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet.

3) *Papinian.* l. 44. f., l. 46. eod.: Saltus hibernos et aestivos, quorum possessio retinetur animo, quamvis alius proposito possidendi fuerit ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret; ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri assolet: ita non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur.

Anm. 1. Es ist ein bemerkenswerther Satz des römischen Rechts, daß, wenn sich Jemand während der Abwesenheit des Besitzers einer Immobilie widerrechtlicher Weise bemächtigt, nicht dadurch sogleich der Besitz verloren geht, sondern erst dann, wenn diese Thatsache zur Kunde des Besitzers kommt. Macht dieser nämlich nun einen Versuch zur Wiedererlangung des Besitzes, und dieser gelingt, so hat er in keinem Augenblicke den Besitz verloren; wird er aber zurückgeschlagen, so ist er nun als vi dejectus zu betrachten, und beruhigt er sich überhaupt, etwa in der Absicht, den Rechtsweg einzuschlagen, oder aus Furcht, so hat er nun erst den Besitz animo eingebüßt, vgl. T. 2. 3. und dazu noch l. 6. §. 1, l. 7. l. 25. §. 2. de poss.; s. auch Witte in Gieß. Zeitschr. N. F. XVIII. S. 249 fgg., Lenz a. a. O. S. 238 fgg. — Aus diesen Sätzen leitet man nun ganz allgemein das Prinzip ab, daß Kinder und Wahnsinnige den Besitz einer Immobilie durch die Handlung eines Anderen gar nicht verlieren können, selbst dann nicht, wenn sie wirklich körperlich dejizirt wären; denn solche Personen seien stets als Abwesende zu behandeln, in deren Bewußtsein jene Thatsache nie kommen könne, weil ihnen die Fähigkeit des Bewußtseins ganz abgehe, vgl. z. B. v. Savigny §. 32. S. 420, Schweppe, Hdb. II. S. 38, Löbenstern in Gießer Zeitschr. IX. S. 394 u. s. w. Ich halte diese Folgerung für irrig. Der Satz des röm. Rechts nämlich, daß zur Okkupation einer Immobilie noch das Bewußtsein des Besitzers hinzukommen müsse, wird in den Gesetzen ganz bestimmt auf den Fall beschränkt, si quis *solo animo* fundum possidet, wenn es also an aller körperlichen Gegenwart fehlt, vgl. die angef. Gesetze, und besonders beweisend in dieser Beziehung ist die Argumentation Papinians in l. 46. de poss.: ut enim rel. Wird also ein Kind oder ein Wahnsinniger wirklich körperlich dejizirt, so ist, da es für einen solchen Fall nicht auf das Bewußtsein ankommt, allerdings Besitzverlust anzunehmen, und nur dann, wenn sich Jemand in Abwesenheit des wahnsinnigen Besitzers des Grundstücks bemächtigt, kann von einem Besitzverlust keine Rede sein. Gerade zu diesem Resultate führen auch die speziell unseren Fall berührenden Gesetze, nämlich l. 27. de poss.:

Si is, *qui animo possessionem saltus retineret*, furere coepisset, non potest, dum fureret, ejus saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere;

und l. 29. eod.:

Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo *sed ut corpore desinat possidere*, quod est enim facti, potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere, hoc enim non potest.

Anm. 2. Ob derjenige, welcher aus Furcht vor Entsetzung seinen Besitz verlassen hat, seinen Besitz verloren habe, oder nicht? ist eine Frage, über die man früher wegen einiger angeblich widerstreitender Stellen nicht ganz einig war. Hufeland in seiner neuen Darstellung der Rechtslehre vom Besitz S. 156 fgg., machte darauf aufmerksam, daß jene Gesetze durchaus nicht diese Frage, sondern die davon wesentlich verschiedene betreffen, ob der Verlassende in einem solchen Fall als vi dejectus gelte, und ob ihm also das interdictum unde vi gebühre, oder nicht? Darüber, daß der Besitz wirklich verloren gieng, war unter den römischen Juristen kein Zweifel, und konnte es auch wohl nach den Grundsätzen über den Besitzverlust durch animus nicht sein. In Betreff jenes anderen Punktes aber waren allerdings verschiedene Meinungen aufgestellt, indem manche Juristen nur dann eine dejectio annehmen wollten, wenn wirklich vis corporalis angewendet war, Andere aber umgekehrt schon dann das Interdikt gestatteten, wenn der Besitzer aus gegründeter Furcht vor gegenwärtiger Gefahr entflohen war, und wieder Andere endlich die Mittelmeinung vertheidigten, daß im letztern Falle, um das Interdikt anstellen zu können, noch wirkliche Besitzergreifung des verlassenen Grundstücks von Seiten dessen, der die Furcht veranlaßt habe, hinzukommen müsse. Vgl. *Ulpian* in l. 1. §. 29. de vi:

Idem *Labeo* ait, eum qui metu turbae perterritus fugerit, videri dejectum. Sed *Pomponius* ait, vim sine corporali vi locum non habere. Ego etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi dejectum.

Die letzte Meinung ist dieser Stelle nach als die im Korp. jur. rezipirte zu betrachten, vgl. *Ulp.* l. 3. §. 6. 7. de vi und *Paul.* rec. sent. V. 6. §. 4. Zwar hat sich allerdings auch noch ein anderes Fragment eingeschlichen, nämlich l. 33. §. 2. de usurp., in welchem Julian die in l. 1. §. 29. cit. verworfene Meinung des Labeo vertheidigt, aber daß die letztere Stelle als entscheidend gelten muß, geht schon daraus hervor, daß in ihr unsere Frage ex professo und mit bestimmter Verwerfung der abweichenden Ansichten beantwortet ist, während die l. 33. cit. dieselbe nur incidenter bei Gelegenheit einer ganz anderen Frage (nämlich über das Usukapions-Verbot der res vi possessae) berührt wird, und auch ihre Stellung in den Pandekten — in der Lehre von der Usukapion — so ist, daß man hier nicht eine Entscheidung der Kompilatoren über eine Streitfrage bei dem interdictum unde vi zu suchen berechtigt ist. — In Betreff einer anderen hierher gehörigen Frage, nämlich über die Zuständigkeit der actio quod metus causa, waren dagegen die römischen Juristen einstimmig der Meinung,

daß schon das blose Verlassen des Besitzes wegen wirklich begründeter naher Gefahr hinreiche, und namentlich geht aus l. 9. pr. quod. met. die Uebereinstimmung in dieser Beziehung zwischen Labeo, Pomponius und Ulpian hervor. Wenn v. Savigny §. 31. S. 405. daraus folgert, daß überhaupt in Betreff unserer Frage keine Meinungsverschiedenheit zwischen diesen Juristen Statt gefunden habe, und wenn er demgemäß in der l. 1. §. 29. de vi statt *Ego etiam* eum auf die Auktorität einiger Mss. liest: *ergo* etiam rel., so ist dies nach dem Vorhergehenden gewiß nicht zu billigen. Das Resultat also ist: wer aus Furcht ein Grundstück verläßt, der hat nach der einstimmigen Meinung der römischen Juristen stets den Besitz verloren, mag übrigens die Furcht gegründet oder ungegründet gewesen sein. Damit er aber die actio quod metus causa habe, muß die Furcht nothwendig eine gegründete vor unmittelbar drohender Gefahr gewesen sein. Will er sich aber überdies des interdict. unde vi bedienen, so muß nach der in Justinian's Kompilation rezipirten Meinung noch hinzukommen, daß der Drohende auch wirklich das verlassene Grundstück okkupirt hat. Vgl. besonders Zimmern in seinen und Neustetels römischrechtl. Untersuchungen S. 134 fgg.

2) Verlust durch animus. §. 208.

1) *Paul.* l. 3. §. 6. de poss.: In amittenda quoque possessione affectio ejus, qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti et animo solo potest, quamvis acquiri non potest.

2) *Ulp.* l. 12. §. 1. eod.: Nihil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare; non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.

3) L. 27. und l. 29. de poss. (vgl. §. 207. Anm. 1. a. E.).

4) *Ulp.* l. 34. pr. eod. Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem, me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non acquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quando autem in corpore non consenserimus, an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest. Et si animo acquiri possessio potest, numquid etiam acquisita est? Sed non puto, errantem acquirere; *ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione.* — 5) *Cels.* l. 18. §. 1 eod: Si furioso

quem suae mentis existimas eo, quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus, rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, *tu possidere desinis;* sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat, imo vult dimittere, quia existimat, se transferre. — Vgl. Kierulff S. 392 fg. Not., Scheurl, Beitr. I. S. 202 fgg., Lenz S. 230 fgg.

3) Besitz-Verlust im Fall der Stellvertretung. §. 209.

1) *Paul.* l. 3. §. 18. de poss.: Si rem apud te depositam furti faciendi causa contractaveris, desino possidere; sed si eam loco non moveris, et inficiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur. — 2) *Papinian.* l. 47 eod.: Si rem mobilem apud te depositam aut commodatam tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est; cujus rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum afferre consuevit; idque Nerva filius libris de usucapionibus retulit. Idem scribit, aliam causam esse hominis commodati omissa custodia; nam possessionem tamdiu veterem fieri, quamdiu nemo alius eum possidere coeperit, videlicet ideo, quia potest homo proposito redeundi domino possessionem sui conservare, cujus corpore ceteras quoque res possumus possidere. Igitur earum quidem rerum, quae ratione vel anima carent, confestim amittitur possessio, homines autem retinentur, si revertendi animum haberent. — Savigny S. 431 fgg., Schirmer in Gieß. Zeitschr. N. F. XI. S. 397 fgg., bes. S. 465 fgg., Witte ebendas. XVIII. S. 293 fgg.

3) *Justinian.* l. 12. C. de poss. (7, 32): Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes, definimus, ut sive servus, sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cujuscunque rei dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii

eandem possessionem detinere: nihil penitus domino praejudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, sed et ipse, si liberae conditionis est, competentibus actionibus subjugetur, omni jactura ab eo restituenda domino rei vel ei, circa quem negligenter vel dolose versatus est.

Anm. Hier ist besonders der Fall hervorzuheben, wenn der Stellvertreter, ohne selbst Besitz erwerben zu wollen, treulos verfährt. Man unterscheide:

1) Der Stellvertreter hat den ihm anvertrauten Besitz aufgegeben. Dies war unter den römischen Juristen bestritten, denn während z. B. Proculus in l. 31. de dolo (4, 3):

Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, *possessio non amittitur,*

Paulus in l. 3. §. 8. de poss.:

Quodsi servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, *animo retinebo possessionem,*

und Papinian in l. 44. §. 2. eod. die Fortdauer des Besitzes behaupteten, folgten Pomponius, arg. leg. 31. eod.:

Si colonus *non deserendae possessionis causa* exiisset de fundo, et eo rediisset, eundem locatorem possidere placet,

und African in l. 40. §. 1. eod.:

Mortuo colono non statim dicendum, possessionem interpellari sed tunc demum, quum dominus possessionem adipisci neglexerit. *Aliud existimandum est, si colonus sponte possessione discesserit.* Sed haec ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit,

der entgegengesetzten Ansicht. Zwar leugnet dies v. Savigny §. 33. aber nur, indem er gegen die Flor. und die bei weitem meisten Vulgatmss. statt: *aliud* existim. est. lesen will *idem* exist. e. — Justinian entschied sich in einer eigenen Verordnung, die gerade dazu bestimmt war, diesen Streit zu schlichten, in der abgedruckten l. 12. C. de poss., für die erstere Meinung, also dahin, daß der Besitz nicht verloren gehen solle.

2) Der Stellvertreter hat wirklich einem Dritten den Besitz tradirt, oder es hat schon ein Dritter den verlassenen Besitz wirklich ergriffen. Hier ging die, so viel wir wissen, einstimmige Meinung der römischen Juristen dahin, daß der Besitz allerdings verloren sei, vgl. l. 33. §. 4. de usurp. (41, 3), l. 40. §. 1., l. 44. §. 2. de poss., und wenn für diesen Fall v. Savigny §. 33. einen Streit der römischen Juristen behauptet, so wird dies durch die dafür angeführte l. 3. §. 9. de poss. gewiß nicht bewiesen, denn wenn hier Paulus sagt: constat, possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus, so dürfen diese Worte doch gewiß nicht so aufgefaßt werden, als wenn darin alle möglichen Arten des Besitzverlustes erschöpft sein sollten. Schon darum kann man nicht mit v. Savigny a. a. O. annehmen, daß die gerade auf Entscheidung eines Streites gerichtete l. 12. C. cit. sich auch auf diesen Fall beziehe, und die Worte: *alii prodiderit* sind nicht dagegen, wenn

man nur damit die gleichfolgenden verbindet: ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, woraus hervorgeht, daß hier blos an das dolose, einseitige Aufgeben des Besitzes gedacht ist. In der That wäre es aber auch schwer zu begreifen, wie die Kompilatoren, wenn durch l. 12. cit. das frühere Recht hätte geändert werden sollen, doch in die Pandekten ganz bestimmte Aussprüche für die entgegengesetzte Meinung hätten aufnehmen können, ohne auch nur eine einzige Stelle für die durch sie gebilligte Ansicht zu rezipiren. Man muß daher gewiß mit Hufeland, Besitz S. 163 fgg., Fritz, Erläutr. S. 230 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 463. Not. 25, Witte in Gießer Zeitschr. N. F. XVIII. S. 270 fgg. bes. S. 283 fgg. und vielen Anderen annehmen, daß durch l. 12. cit. das frühere Recht in dieser Beziehung nicht geändert worden sei, und daß also noch immer, wenn der Stellvertreter wirklich tradirte, oder wenn ein Dritter sich in den verlassenen Besitz wirklich einsetzte, der Besitz für den Prinzipal verloren sei. Doch ist neuerlich wieder die entgegengesetzte Ansicht von Löbenstern in der Gießer Zeitschr. IX. S. 388 fgg. vertheidigt worden, aber freilich so, daß seine Ausführung wohl schwerlich einen Proselyten machen wird; siehe jedoch auch Kierulff, Theorie I. S. 398, Mühlenbruch §. 237. bei Not. 21, u. A. m.

IV. Von der juris quasi possessio. §. 210.

Savigny §. 44 fgg. S. 574 fgg., Roßhirt im ziv. Arch. VIII. S. 1 fgg. bes. S. 26 fgg., Buchholtz, Versuche Nr. 8. S. 75 fgg., Heerwart in der Gießer Zeitschr. XII. S. 133 fgg., Duncker in der Zeitschrift für deutsches Recht. II. S. 26 fgg., Pfeiffer, Besitz §. 38 fgg. S. 121 fgg., Bruns, Besitz S. 77 fgg. 119 fgg. 128 fgg. 185 fgg. 237 fgg. 274 fgg. 328 fgg. 372 fgg. 383 fgg. 406 fgg. 420 fgg. 475 fgg., Elvers, Servituten S. 649 fgg., Boecking, Pand. I. §. 126. Vgl. auch Sarwey's Monatsschrift. XVIII. S. 423 fgg.

1) *Javolen.* l. 20. de servit. (8, 1): Quoties via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo jure uti possit, quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse, ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

3) *Celsus.* l. 7. de itin. actuque priv. (43, 19): Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque; nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet.

Zweites Buch.

Das s. g. Familienrecht.

Erstes Kapitel.

Von der Ehe.

Glück, Komm. XXII. S. 375—XXVIII. S. 49, Hasse, das Güterrecht der Ehegatten nach röm. Rechte; erster [und einziger] Band. Berl. 1824, Hartitzsch, Handb. des in Deutschland geltenden Eherechts. Leipz. 1828, Gitzler, Handbuch des gem. und preuß. Eherechts. Breslau 1840, Roßbach, Untersuchungen über die röm. Ehe. Stuttg. 1853. Die ältere Literatur s. bei Glück XXII. S. 376 fgg. Not. 77. — In den Pandekten-Vorlesungen kann nicht die ganze Theorie der Ehe entwickelt werden, sondern nur die Lehre von den Wirkungen der Ehe, namentlich von dem Einfluß der Ehe auf das Vermögen. Was nämlich die Eingehung der Ehe (Ehehindernisse und Form der Eingehung) und die Auflösung derselben durch Scheidung anbelangt, so liegen diesen Disziplinen anerkannter Weise nicht mehr die Prinzipien des römischen Rechts zu Grunde, sondern die, durch protestantische und katholische Praxis freilich auch wieder vielfach modifizirten Grundsätze des kanonischen Rechts. Jene Lehren sind also in den Vorlesungen über das s. g. Kirchenrecht abzuhandeln, und demnach hier ganz zu übergehen. Denn wollte man das reine Justinianische Recht hier abhandeln, wie dies z. B. in dem Lehrb. von v. Wening-Ingenheim geschieht, so würde dies eben so sehr dem Plane, der den Pandekten-Vorlesungen zu Grunde liegt, widerstreiten, als wenn man hier die von den römischen Grundsätzen in ihrem Grundwesen verschiedenen Prinzipien des kanon. Rechts und der späteren Praxis darstellen wollte. Vgl. auch Blume, Grundriß des Pandekten-Rechts

S. IX., vgl. mit S. 73 fgg., Puchta, System des gem. Zivilr. S. 234. Not., Lehrb. §. 411, Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 131, Arndts Lehrb. §. 393.

I. Von der Ehe überhaupt. §. 211.

Inst. I. 10; Cod. V. 4. de nuptiis; Dig. XXIII. 2. de ritu nuptiarum; Cod. V. 5. de incestis et inutilibus nuptiis; V. 7. de interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem seu curatorem filiosque eorum; V. 7. si quacunque praeditus potestate vel ad eum pertinentes ad suppositarum jurisdictioni suae adspirare tentaverint nuptias; V. 8. si nuptiae ex rescripto petantur.

Dig. XXIV. 2. de divortiis et repudiis; Cod. V. 17. de repudiis et judicio de moribus sublato. — K. Wächter, über Ehescheidungen bei den Römern. Stuttg. 1822, Strippelmann, das Ehescheidungsrecht nach gem. und bes. nach hess. Rechte. Kassel 1854. Vgl. auch Ortloff, über die Vermögens-Strafen bei der Ehescheidung, in sein., Heimb. und Vermehren's jur. Abhh. Bd. II. S. 1 fgg.

1) *Modestin.* l. 1. de R. N.: Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio. — 2) §. 1. J. de patr. pot. (1, 9): Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens.

3) *Ulp.* l. 30. de R. J.: Nuptias non concubitus, sed consensus facit. — 4) *Paul.* l. 2. de R. N.: Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt quorumque in potestate sunt.

II. Von der Vorbereitung der Ehe durch Verlöbniß. §. 212.

Dig. XXIII. 1. de sponsalibus; Cod. V. 1. de sponsalibus et arrhis sponsalitiis et proxeneticis; V. 2. si rector provinciae vel ad eum pertinentes sponsalitia dederunt; V. 3. de [donationib. ante nuptias v. propter nuptias et] sponsalitiis.

1) *Florentin.* l. 1. h. t.: Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum. — 2) *Ulp.* l. 2. eod.: Sponsalia autem dicta sunt a spondendo, nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras.

3) *Ulp.* l. 4. pr. eod.: Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. — 4) *Paul.* l. 7. §. 1 eod.: In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur, intelligi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Julianus scribit.

5) *Constantin.* l. 16. C. de donat. ante nupt.: Si a sponso rebus sponsae donatis, interveniente osculo, ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere praecipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctae heredes, cujuslibet gradus sint, et quocunque jure successerint, ut donatio stare pro parte media et solvi pro parte media videatur; osculo vero non interveniente, sive sponsus sive sponsa obierit, totam infirmari donationem, et donatori sponso vel heredibus ejus restitui. Quodsi sponsa, interveniente vel non interveniente osculo, donationis titulo (quod raro accidit) fuerit aliquid sponso largita, et ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, omni donatione infirmata, ad donatricem sponsam sive ejus successores donatarum rerum dominium transferatur. — Glück XXIV. S. 395 fgg., Spangenberg im civ. Arch. XII. S. 269 fgg., Klenze in der gesch. Zeitschr. VI. S. 72 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslexikon II. S. 466 fgg.

III. Vom dem persönlichen Verhältniß der Ehegatten. §. 213.

IV. Vom Einfluß der Ehe auf das Vermögen.

Allgemeine Uebersicht. §. 214.

Pompon. l. 51. de donat. inter vir. (24, 1): Q. Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est, quod non demonstratur unde habeat, existimari a viro aut qui in potestate ejus esset, ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Q. Mucius probasse. Vgl. auch l. 6.

C. de donat. inter vir. (5, 16). — *Eisenhart,* de reg. juris, quod in casu dubio omnia bona mariti esse praesumenda sint, caute adhibenda. Helmst. 1771, Glück XXIV. S. 390 fgg., XXVI. S. 217 fgg., *Holtius,* in Recueil de l'academie de legislation de Toulouse, tom. IV. p. 165 sqq.

A) Von der Dos.

Dig. XXIII. 3; Cod. V. 12. de jure dotium. — *Ulp.* tit. VI; *Paul.* II. tit. 21. 22; *Vat.* fr. §. 94 sqq.; Cod. *Theod.* III. tit. 13. — *Finistres* et *de Monsalvo,* de jure dot. libri V. Cervariae 1754. 4; Glück XXIV. S. 425 fgg., XXV. S. 1 fgg., XXVII. S. 109 fgg., Hasse, das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Recht. Bd. I. Berl. 1824. §. 58 fgg., v. Tigerström, das römische Dotalrecht. 2 Bde. Berl. 1831. 1832, Unterholzner, Schuldverhältnisse II. S. 406 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. III. S. 15 fgg., *Pellat,* textes sur la dot traduits et commentés. 2 edit. Par. 1853, Heimbach in Weiske's Rechtslex. II. S. 398 fgg. Vgl. auch Zimmern, Rechtsgesch. I. §. 156 fgg., Savigny, Syst. II. S. 13 fgg.

1) Begriff und Arten. §. 215.

1) *Ulp.* l. 3. de jure dot.: Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt, neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.

2) *Ulp.* l. 23. eod.: Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, constat habere in se conditionem hanc, si nuptiae fuerint secutae, et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio: *si nuptiae,* constat, quare si nuntius remittatur, defecisse conditio stipulationis videtur.

3) *Ulp.* l. 5. eod. pr.: Profecticia dos est, quae a patre vel parente profecta est, de bonis vel facto ejus. — §. 6. Si pater non quasi pater, sed alio dotem promittente fidejussit, et quasi fidejussor solverit: Neratius ait, non esse profecticiam dotem, quamvis pater servare a reo id, quod solvit, non possit. — §. 11. Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilo minus dotem esse, nemini dubium est, quia

non jus potestatis, sed parentis nomên dotem profecticiam facit; sed ita demum, si ut parens dederit, ceterum si quum deberet filiae, voluntate ejus dedit, adventicia dos est.

Anm. Ob auch bei der alten conventio in manum eine wahre dos vorkommen konnte, ist streitig, vgl. *Cic.* Top. c. 4., fragm. Vatic. §. 115. — Hasse, Güterrecht S. 220 fgg. und im Rhein. Mus. II. S. 75 fgg., Unterholzner in Tüb. krit. Zeitschr. V. S. 26 fgg., Schilling, Bemerkungen über römische Rechtsgesch. S. 174 fgg., Tigerström, Dotalr. I. S. 27 fgg., Danz, Lehrb. der Rechtsgesch. I. S. 153 fgg., *Hase,* de manu jur. Rom. Hal. 1847. p. 78 sqq.

2) Bestellung der Dos. §. 216.

Cod. V. 11. de dotis promissione et nuda pollicitatione.

1) *Marcian.* l. 19. de R. N. (23, 2): Capite XXXV. legis Juliae, qui liberos, quos habent in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores, vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare.

2) *Theodos.* et *Valentinian.* l. 6. C. de dot. promiss.: Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacunque sufficere verba censemus, sive scripta fuerint, sive non, etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta.

3) *Justinian.* l. 7. eod.: — — Ubi autem [pater] ex rebus tam suis, quam maternis, vel aliis, quae non acquiruntur, vel ex suis debitis dixerit se fecisse hujusmodi liberalitates [dotem scl. vel donationem propter nupt.]: tunc, si quidem penitus inopia tentus est, ex illis videri rebus dotem vel ante nuptias donationem esse datam, quae ad filios vel filias pertinent. Si vero et ipse substantiam idoneam possidet, in hoc casu, quasi de suo patrimonio dotem vel ante nuptias donationem dedisse intelligatur. Poterat enim secundum suas vires dotem pro filia vel ante nuptias donationem pro filio dare, et consentire filiis suis, quando voluerint partem, vel forte totam suam substantiam, quam habent, paternae liberalitati pro dote vel donatione a. n. aggregare, ut revera appareat, quid ipse velit dare, et quid de substantia filiorum proficiscatur; ne, dum effuso sermone sese jactet, in promtum incidat sui periculum.

4) *Papinian.* l. 69. §. 4. de jure dot.: Gener a socero dotem arbitratu soceri certo die dari, non demonstrata re vel quantitate, stipulatus fuerat; arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit, nec videri simile, quod fundo non demonstrato nullum esse legatum vel stiqulationem fundi constaret, quum inter modum constituendae dotis et corpus ignotum differentia magna sit; dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris et dignitate mariti constitui potest.

5) *Alexander* l. 1. C. de dot. prom.: Frustra existimas, actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi nec praestita sit, cum neque species ulla, neque quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea, quae nubebat, dotem dare promiserit.

6) *Justinian.* l. 31. §. 2. C. de jure dot. (5, 12): Praeterea sancimus, si quis in dotem vel praedia, vel certum reditum, vel aedes vel panes civiles spoponderit, vel promiserit: si ex tempore matrimonii biennium transactum sit, illico redituum vel pensionum, nec non panis civilis quaestum eum praestare, etiam si non fuerint adhuc res principales traditae, et si tota dos in auro sit, itidem post biennium usuras usque ad tertiam partem centesimae praestari. Sin autem aliae res praeter immobiles vel aurum fuerint in dotem datae, sive in argento, sive in muliebribus ornamentis, sive in veste sive in aliis quibuscunque, si quidem aestimatae fuerint, simili modo post biennium et earum usuras ex tertia parte centesimae currere; aestimatione earum, quia et hoc apertius declarari oportet, ea intelligenda, quae pro singulis speciebus facta est, vel pro unoquoque genere dotalium specierum, id est pro argento, vel ornamentis, vel veste vel aliis speciebus, et non esse exspectandam post singulas aestimationes unam coadunationem totius calculi, quod satis scrupulosum, et per nimiam subtilitatem perniciosum est. Sin autem minime res mobiles fuerint aestimatae, ea post biennium observari, quae leges post litis contestationem pro omnibus hujusmodi rebus definiunt. Sin vero res permixtae fuerint, et partim in auro partim in aliis rebus mobilibus vel immobilibus, pro jam facta divisione omnia procedere: licentia minime deneganda marito, quando voluerit, dotem petere. Nec is, qui debet, putet, sibi licentiam esse, reditus, vel pensiones vel usuras, vel alias accessiones solventi

dotis solutionem protelare, sed sive ante biennium, sive postea voluerit dotem, pars mariti petere queat, et secundum leges eam exigere. — Cf. *Gottschalk*, de dotis usuris ad leg. 31. C. de jure dot. Dresd. 1832. pag. 23 sqq., Sintenis S. 32 fgg. Not. 68.

Anm. 1. Einige Personen sind zur Bestellung einer dos gesetzlich verpflichtet (s. g. dos necessaria), und dahin gehören: 1) der Vater, der seine mittellose Tochter dotiren muß, mag dieselbe noch in seiner Gewalt stehen, oder emanzipirt sein, denn die Dotirung ist ein officium *paternum*, l. ult. C. de dot. prom. (5, 11), vgl. l. 1. §. 10. si quid in fraud. patron. (*pietas* patris), Nov. 97. c. 5. Die abweichende Meinung Vieler, vgl. die bei Glück XXV. S. 63. Not. 65. Angeff. und Tigerström I. S. 66 fgg. wird durch L. 1. nicht begründet, und noch weniger durch l. 44. pr. de jure dot. (23, 3), Glück a. a. O., Hasse §. 95. Not. 411, Unterholzner S. 429. Not. g., Sintenis S. 25. Not. 40; 2) der väterliche Großvater, l. 6. de collat. (37, 6); 3) die Mutter aber nur, wie es in l. 14. C. de jure dotium heißt, ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa. Wann das Erste vorhanden sei, muß gewiß dem Ermessen des Richters überlassen bleiben; für das Zweite gibt es aber in unseren Gesetzen nur einen einzigen Beleg, indem nämlich nach l. 19. §. 1. C. de haeretic. (1, 5) die hetorodoxe Mutter ihrer orthodoxen Tochter eine dos zu bestellen verpflichtet ist. Abweichend ist Tigerström I. S. 79 Note 6. insofern, daß er annimmt, mit den Worten ex magna et probabili causa solle nichts anderes bezeichnet sein, als was genauer durch den Zusatz lege specialiter expressa bestimmt werde, und es sei also die Mutter durchaus nur in dem Falle der l. 19. cit. zur Dotirung verpflichtet. Andere verpflichtete Personen gibt es nicht, denn die oft vertheidigte Meinung, daß der Bruder die soror consanguinea dotiren müsse, findet keine hinlängliche Stütze in l. 12. §. 3. de admin. tutor. (26, 7), denn wenn daraus auch vermittelst eines argum. a contrario gefolgert werden kann, daß der Vormund die soror consanguinea seines Mündels dotiren muß, so kann daraus noch nicht auf eine Zwangspflicht des Pupillen selbst geschlossen werden, indem der Vormund auch solche Liebespflichten seines Pfleglings erfüllen muß, die jeder ordentliche gesittete Mensch erfüllen würde, und dahin gehört denn allerdings die Ausstattung der soror consanguinea, nicht aber auch der soror uterina, vgl. Hasse S. 358 fgg., Tigerström I. S. 81 fgg., und s. auch Puchta §. 217. Not. d., Unterholzner S. 431. Not. m., Sintenis S. 26. Not. 44, Arndts §. 396. Anm. 3 (welche zwar im Resultate übereinstimmen, aber die l. 12. §. 3. cit. anders, aber m. E. ungenügend erklären). — Eben so unbegründet ist auch die Meinung, welche besonders Tigerström I. S. 57 fgg. vertheidigt hat, daß nämlich die Frau selbst zur Dotirung verbunden sei, denn aus l. 52. de admin. tut. und l. 9. C. eod. (5, 37) geht zwar allerdings hervor, daß der Kurator zur Bestellung einer dos verpflichtet ist, aber nur, wenn die Frau darauf bringt, und in l. 22. C. eod. wird zwar von dem bekannten Veräußerungsverbot für den Fall einer dos eine Ausnahme gemacht, aber daraus

kann doch unmöglich eine gesetzliche Verbindlichkeit der Frau zur Bestellung einer solchen gefolgert werden. Die richtige Meinung geht vielmehr sehr bestimmt aus l. 1. C. de dotis prom. (5, 11) hervor, denn, wenn da reskribirt ist, der Ehemann könne bei blos unbestimmtem Dotalversprechen von Seiten der Frau nichts fordern, so wäre dies, Falls eine gesetzliche Verbindlichkeit bestände, ganz unerklärlich; vgl. auch l. 32. de condict. indeb. (verb. relinquitur *pietatis* causa). Fuhr in seinen und Hoffmann's zivilistischen Versuchen. Darmst. 1835. S. 135 fgg. und s. auch Puchta §. 317. Not. g., Arndts §. 396. Anm. 6. — Ueber die durch das Kanonische Recht eingeführte Verbindlichkeit des Stuprator die Stuprata zu heirathen oder zu dotiren, vgl. cap. 1. X. de adulter (5, 16), Glück XXVIII. §. 1288, Busch, theoret. prakt. Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen Abth. I. S. 6 fgg., Unterholzner, Schuldverh. II. S. 787 fgg., Schüßler, die Paternit., Aliment. und Satisf. Klagen. 2. Aufl. Kassel 1843. S. 52 fgg., Holzschuher, Theorie und Kasuistik I. S. 415 fgg., Hufnagel, Mittheilungen aus der Praxis I. S. 174 fgg., Sintenis S. 27 fgg.

Anm. 2. Ob die zur Dotation verpflichteten Personen auch zur Redotation verbunden seien, ist sehr bestritten. Versteht man unter Redotation eine Erneuerung der Dos im Falle einer zweiten Ehe, so versteht sich die bejahende Antwort von selbst, und wir haben hier noch sogar die Bestimmung, daß der Vater die nach der ersten Ehe wieder an ihn zurückgefallene Dos bei einer Wiederverheirathung der Tochter in ganz gleicher Größe geben muß, wenn sich sein Vermögen inzwischen nicht etwa beträchtlich vermindert hat, Nov. 97. c. 5. Versteht man unter Redotation die Erneuerung der zufällig untergegangenen dos, so muß jene Frage eben so unbedenklich verneint werden, obwohl außer vielen Aeltern namentlich auch noch Thibaut, System §. 336. und in Braun's Erörtr. S. 392 fgg. die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt. Aber es wäre doch offenbar höchst singulär, daß der, welcher eine ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllte, wegen zufälligen Untergangs zu einer nochmaligen Erfüllung angehalten werden sollte, und die Berufung auf die der Dotationspflicht zu Grunde liegende Pietät und die Analogie der Alimentationspflicht reichen offenbar nicht hin, uns zur Aufstellung einer so unnatürlichen Verbindlichkeit zu bewegen, vgl. *Conradi*, de patre, filiam, quae dotem amisit, iterum dotare non cogendo. Lips. 1728. 4., Zimmern im zivil. Arch. II. S. 201 fgg., Glück XXV. S. 78 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschr. II. S. 439 fgg., Unterholzner S. 431, Puchta §. 317. Not. f., Sintenis S. 26 fgg. Not. 47, Arndts §. 403 a. E.

Anm. 3. Ueber die s. g. dos tacita vgl. Bechmann in Bekker's Jahrb. V. S. 271 fgg.

3) Rechtsverhältnisse in Betreff der dos während bestehender Ehe.

a) Von den Rechten des Mannes. §. 217.

1) *Ulp.* l. 33. de jure dot.: Si extraneus sit, qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito,

cur eum non convenerit, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat; nam si donavit, utcunque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem, qui donaverat, quemque in id, quod facere posset, si convenisset, condemnaverat; hoc enim Divus Pius rescripsit eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos. Sed si vel pater, vel ipsa promiserunt, Julian. quidem libr. XVI. Dig. scribit, etiamsi pater promisit, periculum respicere ad maritum; quod ferendum non est. Debebit ergo mulieris esse periculum, nec enim quidquam judex propriis [*Hal.:* propitiis] auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem qui de suo dotem promisit, non urserit ad exsolutionem, multo minus, cur ipsam non convenerit. Recte itaque Sabinus disposuit, ut diceret, quod pater vel ipsa mulier promisit, viri periculo non esse, quod debitor, id viri esse; quod alius, scilicet donaturus, ejus periculo, ait, cui acquiritur; acquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit.

2) *Cels.* l. 58. §. 1. eod.: Si mulier ancillam Pamphilam a Titio stipulata, deinde ei nuptura, quod is sibi debebat, doti habere permisit, etiamsi non erit viri Pamphila, an ipsa tamen Pamphila in dote et mulieris periculo erit, an et quod ea peperit, reddi mulieri debebit, quia si in sua causa prior stipulatio mansisset, non redderetur, nisi forte refert, habuerit rem, quam debebat vir, quo tempore dos constituebatur — nam ita poterit videri res ipsa ad eum pervenisse — an non habuerit? Nam si non habuerit, magis est, ut liberatio obligationis potius, quam res ipsa ad eum ita pervenisse videatur; ideoque partus ejus non debetur.

3) *Sever.* et *Antonin.* l. 1. C. de jure dot.: Evicta re quae fuerat in dotem data, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum condictione vel ex stipulatione agere potest. Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercessit: post evictionem ejus, si quidem res aestimata fuerit, ex emto competit actio. Sin vero hoc non est factum, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio. Dolo autem dantis interposito, de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolus interpositus sit; tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit.

4) *Paul.* l. 71. de evict. (21, 2): Pater filiae nomine fundum in dotem dedit; evicto eo an ex emto an duplae stipulatio committatur, quasi pater damnum patiatur, non immerito dubitatur. Non enim, sicut mulieris dos est, ita patris esse dici potest; nec conferre fratribus cogitur dotem a se profectam manente matrimonio. Sed videamus, ne probabilius dicatur, commiti hoc quoque casu stipulationem; interest enim patris, filiam dotatam habere, et spem quandoque recipiendae dotis, utique si in potestate sit. Quodsi emancipata est, vix poterit defendi, statim committi stipulationem, quum uno casu dos ad eum regredi possit. Numquid ergo tunc demum agere possit, quum mortua in matrimonio filia potuit dotem repetere, si evictus fundus non esset? An et hoc casu interest patris, dotatam filiam habere, ut statim convenire promissorem possit? Quod magis paterna affectio inducit. —

Anm. 1. In wieweit die Gefahr auf den Ehemann übergehe, ist nach folgenden Unterscheidungen zu beantworten:

1) Wenn körperliche Sachen schon wirklich dem Ehemann gegeben sind, so geht, wenn es res fungibiles sind, alle Gefahr auf ihn über, l. 42. de jure dot., wenn aber res nec fungibiles, so wird er durch kasuellen Untergang von der Restitution derselben befreit, und haftet blos für diligentia in concreto, l. 10. §. 6., l. 11. 17. pr. de jure dot., l. 24. §. 5., l. 25. §. 1. soluto matrim. (24, 3), Hasse, Kulpa S. 561 fgg.; vgl. auch, besonders über die Beweislast hierbei, Gerau im Arch. für prakt. Rechtsw. V. S. 202 fgg.

2) Wenn aber eine Dos versprochen war, und der Ehemann hat dieselbe einzutreiben versäumt, so ist zunächst soviel gewiß, daß, wenn der Promissor und der, welcher die Restitution der Dos verlangen kann, ein und dieselbe Person sind, der Ehemann stets durch exceptio doli geschützt ist. Dies tritt hauptsächlich bei der Frau selbst ein, sei es nun, daß sie selbst die Dos versprach, oder daß sie den Promissor oder der Promissor sie beerbt hat, vgl. l. 41. §. 4. de jure dot., l. 66. §. 7. soluto matrim.; es kann aber auch eben so bei dem Vater der Frau vorkommen, welcher dem Schwiegersohn eine Dos versprochen hat. Sind aber der Promissor und der Rückforderer verschiedene Personen, so hat der Ehemann allerdings für culpa in exigendo einzustehen, wie namentlich, wenn er in einer mora agendi ist, und der Promissor ist darüber insolvend geworden, oder die Klage ist durch seine Schuld verjährt, oder er hat im Prozeß Fehler begangen, oder von einem ungerechten Urtheil nicht appellirt. Für den casus steht er aber nicht ein, und die Klage auf Restitution fällt weg, wenn ohne seine Schuld der Promissor etwa insolvend geworden ist. Bei der Frage aber, ob er in culpa sei oder nicht, wird auch die Billigkeit insofern berücksichtigt, daß es ihm nicht zum Vorwurf gereicht, wenn er seinen Schwiegervater oder einen dritten Schenker nicht gerade heftig zur Herausgabe der versprochenen Dos ge-

trieben hat, l. 33. de jure dot. Das ganze Periculum geht jedoch auf den Mann dann über, wenn er mit dem Promissor eine Novation abschließt, l. 35. eod., oder einen Nachlaßvertrag, l. 49. eod., l. 66. §. 6. soluto matrim., oder wenn er schon Zinsen von demselben eingetrieben hat, l. 71. de jure dot.

3) Ist dem Manne eine Forderung zum Zweck der Dos zedirt, so hat auch hier der Mann nur für culpa in exigendo in der vorher bemerkten Weise, keineswegs auch für casus einzustehen, l. 49. soluto matrim.

4) Wenn zum Zweck der Dos eine Delegation vorgekommen ist, so muß man von dem Prinzip ausgehen, daß dies juristisch so anzusehen sei, als wenn der Delegant dem Delegatarius das Objekt der delegirten Forderung wirklich gegeben, und dieser es dann dem Delegatus krebidirt hätte, l. 8. §. 3. 5. ad SC. Vellej. (16, 1), l. 26. §. 2. mandat. (17, 1) (verb.: abesse intelligitur pecunia), l. 21. §. 3. de annuis legatis (33, 1), l. 21. de donat. (39, 5), l. 18. de fidejussorib. et mandator. (46, 1). Wendet man dies zunächst auf den Fall an, wenn ein debitor generis s. quantitatis delegirt ist, so muß sich von selbst der Satz ergeben, daß der Mann hier nicht blos für culpa in exigendo, sondern für jeden casus einsteht. Zwar leugnet dies Hasse, Kulpa S. 576 fgg., vgl. auch *Pellat* l. c. p. 165 sqq., aber die richtige Ansicht folgt nicht nur aus dem eben angeführten Grundsatz, den Hasse sehr mit Unrecht auf die delegatio solvendi causa beschränkt, sondern geht auch mit Sicherheit aus speziellen Gesetzen hervor. Die Hauptstelle ist hier die l. 41. §. 3. de jure dot., wornach, wenn der Schuldner bedingt delegirt worden, die Frau dann die Gefahr tragen soll, wenn der Debitor pendente conditione insolvend geworden ist, während dagegen der Mann die Gefahr zu tragen hat, wenn der Delegatus schon im Augenblicke der Delegation insolvend war. Das letztere ist offenbar die Regel, die auch bei unbedingter Delegation eintreten muß, während das Erstere eine leicht erklärliche Ausnahme für bedingte Delegation enthält. Vgl. auch noch l. 35, l. 46. pr., l. 53. de jure dot., l. 6. de pact. dotalib. (23, 4). — Anders aber muß es sich in dem zweiten Falle verhalten, wenn ein debitor speciei delegirt worden ist. Da hier der Mann, auch wenn ihm die Spezies selbst übergeben wäre, nicht für den casus einzustehen hat, so haftet er auch im Fall einer Delegation blos für culpa in exigendo. Hat er sich freilich eine solche zu Schulden kommen lassen, so muß er auch für den casus einstehen, er müßte denn nachweisen, daß die Sache doch auch, wenn er sie zu rechter Zeit eingefordert hätte, untergegangen wäre, l. 56. pr. de jure dot.

5) Wenn eine Dos durch Nachlaßvertrag, Acceptilation oder pactum de non petendo, bestellt ist, so kommt es ebenfalls darauf an, ob der Gegenstand der Forderung eine res fungibilis oder eine species war. Im erstren Fall wird es so angesehen, als ob der Kreditor die Forderung eingetrieben, und sie dann dem Manne zur Dos bestellt hätte, l. 77. de jure dot. Im zweiten Falle aber wird ein Unterschied gemacht, ob sich die Spezies zur Zeit der Acceptilation in den Händen des Mannes befindet, oder nicht; ist das Erstere, so ist auch hier der fragliche Gegenstand selbst in dote; ist das Zweite, so ist nicht der Gegenstand selbst, sondern nur die liberatio obligationis in dote, l. 58. §. 1.

eod., in welcher Stelle sich auch eine Anwendung dieses Unterschieds auf den **partus ancillae** findet.

Vgl. überhaupt Hoffmann in seinen und Fuhr's ziv. Versuchen. S. 37 fgg., v. Meyerfeld im Rhein. Mus. VII. S. 90 fgg., S. 372 fgg. (wo sich eine theilweise Umarbeitung von desselben Verfassers Inaugural-Dissertation: de quibusdam quae de dote actione reddenda sunt rel. Marb. 1826. findet), v. Löhr in seinem Magaz. IV. S. 525 fgg., Unterholzner S. 460 fgg., bes. S. 466 fgg., Sintenis S. 55 fgg.

Anm. 2. Bei der Frage, ob der Mann Eviktionsleistung in Betreff der Dotalsachen fordern könne, ist das Kardinalgesetz die l. 1. C. de jure dotium (5, 12). Hier werden nämlich drei Fälle angeführt, in denen Eviktionsleistung begehrt werden könne, nämlich, wenn die Dos venditionis causa aestimata sei, wenn der Besteller in dolo versire, und *„si pollicitatio vel promissio fuerit interposita"*. Viele Aeltere, und unter den Neueren besonders Thibaut, ziv. Abh. S. 56 fgg., Zimmern im ziv. Arch. II. S. 203 fgg., Tigerström I. S. 83 fgg., Unterholzner S. 434 fgg., verstehen die letzten Worte von einem besondern Versprechen der Eviktionsleistung, und stellen demgemäß den Satz auf, der, welcher eine Dos bestellt habe, einerlei, ob durch promissio oder datio, hafte, abgesehen von dem Falle der aestimatio, eben so wie der Schenker nur dann für Eviktion, wenn er sich eines dolus schuldig gemacht, oder die Eviktionsleistung speziell versprochen habe. So sehr auch für diese Theorie die Analogie der Schenkung spricht, so muß man sich doch gewiß dagegen erklären, und die obigen Gesetzesworte mit den meisten Neueren von einer pollicitatio oder promissio *dotis* verstehen, für welche Erklärung ganz entscheidend der Umstand spricht, daß zum Zweck der Eviktionsleistung eine blose Pollizitation niemals hinreicht, wohl aber zur Bestellung einer Dos. Hiernach muß also der aus dem bekannten favor dotis leicht erklärliche Satz aufgestellt werden, daß wenn die dotis datio in Folge einer vorhergehenden promissio oder pollicitatio geschah, der Besteller stets zur Eviktionsleistung verpflichtet ist, bei einer dos data aber nur im Fall einer aestimatio oder eines dolus; ein Satz, mit dem auch die oft angeführte l. 69. §. 7. de jure dot. durchaus nicht im Widerstreit steht, da hier ebenfalls nur von einer dos data die Rede ist, vgl. Glück XX. S. 198 fgg., XXV. S. 80 fgg., Löhr in Gießer Zeitschr. I. S. 231 fgg., Schweppe, Handb. IV. S. 125 fgg., denen sich jetzt auch Thibaut in Braun's Erörtr. S. 399 fgg. und im Syst. 8te Aufl. §. 343. angeschlossen hat, s. auch Sintenis S. 36, Arndts §. 403. Anm. 1, *Pellat* l. c. p. 155 sqq. u. A. m. — Wie es sich in Betreff der Eviktionsleistung bei der dos necessaria verhalte, ist in den Gesetzen nirgends ausdrücklich entschieden. Nach Analogie der dotis promissio möchte man den Vater zur Leistung der Eviktion für verbindlich erklären, und dies nahm auch wirklich Glück XX. S. 206. an, aber wohl mit Recht änderte derselbe später seine Meinung, arg. l. 71. de evict., vgl. Bd. XXV. S. 90 fgg., Unterholzner, Sintenis a. d. aa. OO., s. jedoch auch Arndts §. 403. Anm. 2.

Anm. 3. Wenn der Ehemann gegen die Vorschrift der lex Julia einen fundus dotalis veräußert (vgl. Glück XXV. S. 391 fgg., Bachofen, ausgew.

Lehren des Zivilr. S. 89 fgg.), so ist die Veräußerung nichtig, l. 42. de usurp. (41, 3), und es kann also das Grundstück von jedem Besitzer zurückgefordert werden. Daß der Frau und ihren Erben [freilich nur erst, abgesehen vom Fall der Insolvenz des Mannes, nach der Trennung der Ehe] diese Rückforderungsklage zustehe, ist unzweifelhaft. Ob aber auch dem Manne selbst die rei vindicatio gebühre, ist sehr bestritten. Viele läugnen dies, weil Niemand seine eigenen Fakta anfechten dürfe, was hier um so mehr Platz greife, da das Veräußerungs-Verbot nur der Frau wegen erlassen sei, und sogar eine Konvaleszenz der Veräußerung eintrete, wenn die Dos nach getrennter Ehe dem Manne zufalle, l. 17. de fundo dotali (23, 5), vgl. die bei Glück XXV. S. 402. Angeff., Puchta, Vorles. II. ad §. 417. geg. E., Bachofen a. a. O. S. 108 fgg., Fitting im ziv. Arch. XLII. S. 167 fgg., und s. auch Seuffert's Arch. IX. Not. 169. und Arch. für prakt. Rechtsw. V. S. 146 fgg. Man muß sich aber gewiß dagegen erklären, und auch dem Manne während der Ehe eine vindicatio zugestehen, wenn man nur den ganz unjuristischen Begriff einer s. g. relativen Nullität schwinden läßt. Da nämlich die Veräußerung nichtig ist, und also der Mann Eigenthümer bleibt, so sieht man durchaus keinen Grund ein, ihm die Eigenthumsklage zu versagen, denn der etwaigen exc. rei traditae von Seiten des Erwerbers würde immer die replicatio ex lege Julia de fundo dotali entgegenstehen, vgl. auch l. 1. §. 5. de exc. rei vend. (21, 3). Die Möglichkeit der späteren Konvaleszenz steht auch offenbar dem Vindikationsrechte des Mannes nicht entgegen, und nur soviel muß man zugeben, daß dem Erwerber gegen den vindizirenden Ehemann ein allenfalls auch durch Retention geltend zu machender Anspruch auf volle Eviktionsleistung zustehe, vgl. auch Glück cit. S. 403 fgg. und die da Angeff., besonders Brandis in Gießer Zeitsch. VII. S. 191 fgg., und s. auch Sintenis, Pfandr. S. 71 fgg., prakt. Zivilr. III. S. 39 fgg. Not. 9, Arndts §. 402. Anm. 4.

b) Von den Rechten der Frau. §. 218.

1) *Paul.* l. 73. §. 1. de jure dot.: Manente matrimonio non perditurae uxori ob has causas dos reddi potest, ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium vel in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut ut egentem virum, fratrem sororemve sustineat.

2) *Paul.* l. 20. sol. matr.: Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut aes alienum solvat, aut praedia idonea emat, sed ut liberis ex alio viro egentibus, aut fratribus et parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret, quia justa et honesta causa est, non videtur male accipere; et ideo recte ei solvitur, idque et in filiafamilias observatur.

3) *Paul.* l. 28. de pact. dotalib. (23, 4): Quaeris si pacta

sit mulier vel ante nuptias, vel post nuptias, ut ex fundi fructibus, quem dedit in dotem, creditor mulieris dimittatur, an valeat pactum? Dico, si ante nuptias id convenerit, valere pactum eoque modo minorem dotem constitutam; post nuptias vero, quum onera matrimonii fructus relevaturi sunt, jam de suo maritus paciscitur, ut dimittat creditorem, et erit mera donatio.

4) *Modestin.* l. 26. de jure dot.: Ita constante matrimonio permutari dotem posse dicimus, si hoc mulieri utile sit, si ex pecunia in rem, aut ex re in pecuniam, idque probatum est; (*Ulp.* l. 27. eod.) quod si fuerit factum, fundus vel res dotalis efficitur.

5) *Julian.* l. 21. de pact. dotal. (23, 4): — — Nam constat, posse inter uxorem et virum conveniri, ut dos, quae in pecunia numerata esset, permutaretur, et transferatur in corpora, quum mulieri prodest.

6) *Gai.* l. 54. de jure dot.: Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur. Vgl. *Pellat* l. c. ad h. l. p. 141 sqq.

7) *Ulp.* l. 22. §. 13. sol. matrim. (24, 3): Si mulier in conditione mariti erraverit, putaveritque esse liberum, quum servus esset, concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri, videlicet ut, si sint et alii creditores, haec praeferatur circa de peculio actionem, et si forte domino aliquid debeat servus, non praeferatur mulier, nisi in his tantum rebus, quae vel in dote datae sunt, vel ex dote comparatae, quasi et hae dotales sint.

8) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 12. C. de jure dot.: Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus, non tibi quaeritur, cum neque maritus uxori actionem emti possit acquirere et dotis tantum actio tibi competat. Unde aditus praeses provinciae, si non te transegisse repererit, sed ex majore parte dotem consecutam, residuum restitui providebit.

9) *Pompon.* l. 22. §. 1. de evictionib. (21, 2): Si pro evictione fundi quem emit mulier, satis accepisset, et eundem fundum in dotem dedisset, deinde aliquis eum a marito per judicium abstulisset, potest mulier statim agere adversus fidejussores emtionis nomine, quasi minorem dotem habere coepisset, vel etiam nullam, si tantum maritus obtulisset, quanti fundus

esset. Vgl. l. 75. de jure dot. (23, 3) und Müller, die Lehre des röm. Rechts von der Eviktion. I. S. 137 fgg.

Anm. 1. Wem während bestehender Ehe das Eigenthum an den nicht fungiblen Dotalsachen zustehe, war schon unter den Glossatoren ausnehmend bestritten, vgl. *Haenel,* dissens. dominor. pag. 436 sqq. und ist es noch h. z. T. In einer Reihe sehr bestimmter Quellen-Zeugnisse wird der Mann als Eigenthümer aufgeführt, *Gai.* II. 63., *Vat. fr.* §. 269. pr. J. quib. alien. (2, 8), l. 7. §. 3, l. 8, l. 9. §. 1, l. 75. de jure dot., l. 13. §. 2. de fundo dotali (23, 5), l. 47. §. 6. de peculio (15, 1), l. 21. §. 4. ad munic. (50, 1), l. 23. C. de jure dot. (5, 12), l. 7. C. de servo pign. dato manum. (7, 8); in anderen dagegen wird der Frau das Eigenthum zugeschrieben, l. 3. §. 5. de minorib. (4, 4), l. 71. de evict. (21, 2), l. 75. de jure dot. (23, 3), l. 4. de collat. bonor. (37, 6) und in l. 30. C. de jure dot. sagt Justinian ausdrücklich, die Dotalsachen seien naturaliter in uxoris dominio zurückgeblieben, non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Die meisten Juristen helfen sich hier dadurch, daß sie dem Manne ein s. g. *dominium civile*, der Frau aber ein s. g. *dominium naturale* zuschreiben. Weil aber duorum dominium in solidum non esse potest, so geben Manche, besonders Löhr in seinem und Grolm. Magaz. IV. S. 57 fgg., dem Manne allein Eigenthum, und erklären die entgegenstehenden Gesetze so, daß hier nur uneigentliche Ausdrücke gebraucht seien, welche sich dadurch rechtfertigen, daß die Dos nur der Frau wegen bestellt werde, daß diese auch den Vortheil davon habe, weil ja die Lasten der Ehe daraus bestritten würden, und daß an sie die Dos nach getrennter Ehe zurückfalle. Andere gehen den umgekehrten Weg, und namentlich sucht Tigerström I. S. 202 fgg. ausführlich zu beweisen, daß die Frau alleinige Eigenthümerin sei, dem Manne aber nur ein Nießbrauchsrecht und ein selbstständiges Recht als procurator der Frau zustehe, und dieses letztere allein solle denn auch durch die öfter wiederkehrenden Ausdrücke dominium und dominus angedeutet, und dadurch namentlich die Selbstständigkeit dieses Rechts hervorgehoben werden. Obwohl diese Idee von einem blos prokuratorischen oder formalen dominium des Mannes nicht ohne Scharfsinn durchgeführt ist, und namentlich Justinian's Ausdrücke in l. 30. C. cit. gar sehr dafür zu sprechen scheinen, so ist dieselbe doch gewiß unseren Quellen ganz fremd, und nicht sowohl aus denselben heraus, als in dieselben hinein interpretirt. Legt man nicht alles Gewicht auf einzelne Worte, was am wenigsten bei einer Konstitution von Justinian angeht, sondern betrachtet man, welche materiellen Rechte dem Manne und welche der Frau im Gesetze zugeschrieben sind, so muß man gewiß die Meinung von Löhr für die einzig richtige erklären, daß der Mann während der Ehe der einzig wahre Eigenthümer sei, denn diesem stehen allein alle wahren Befugnisse des Eigenthümers zu, und die der Frau eingeräumten Gerechtsame erklären sich vollkommen theils aus dem Zweck der Dos, theils daraus, daß dieselbe nach getrennter Ehe an die Frau zurückfällt. Will man wegen dieses eventuellen Rechts der Frau schon während der Ehe ein s. g. natürliches Eigenthum

einräumen, so könnte dieses allenfalls nur in dem Sinne geschehen, wie unsere Quellen auch dem Hauskind bei Lebzeiten des Vaters ein dominium an dessen Sachen zugestehen, und man muß sich nur hüten, aus einem solchen Begriffe materielle Gerechtsame der Frau ableiten zu wollen. Vgl. auch Savigny, Syst. II. S. 13 fgg., Puchta §. 416. bes. not. g., Unterholzner S. 414, Sintenis S. 38, Bachofen, Pfandr. I. S. 244 fgg., ausgew. Lehren des Zivilr. S. 110 fgg., Arndts §. 404. Anm. 1.

Anm. 2. Nach dem römischen Prinzip: rei publicae interest mulieres dotes suas salvas habere, l. 2. de jure dot., l. 2. sol. matrim. (24, 3), verbunden mit dem anderen Satze: dotis causa perpetua est, l. 1. de jure dot., ist der Ehemann während dauernder Ehe nicht allein nicht verpflichtet, die Dos zu restituiren, sondern er darf es nicht einmal. Doch giebt es hiervon Ausnahmen:

1) Ein Recht, die Dos zu verlangen, hat die Frau, wenn der Mann insolvend wird. Vor Justinian wurde dies vermittelst einer fictio divortii durchgeführt, wovon die Folge war, daß die Frau freies Eigenthum an den Dotalsachen erhielt. Seit Justinian's Verordnungen soll aber die Dos in einem solchen Fall für die Ehe erhalten werden, so daß der Frau die Veräußerung der Dotalsachen verboten, und die Benutzung zum Besten der Ehe anbefohlen ist, l. 29. C. de jure dot. Nov. 97. c. 6. pr. Zweifelhaft kann es scheinen, ob dieses Recht der Frau sich auch auf die dos recepticia erstrecke? Dem Geiste des Justinianischen Rechts nach muß man gewiß behaupten, daß die Frau die provisorische Aushändigung auch einer solchen Dos verlangen kann, wobei man aber nur bedenken muß, daß die Frau nicht ihre besonderen Privilegien in Anwendung bringen darf, sondern gerade nur die Rechtsmittel utiliter gebrauchen kann, welche der Besteller der Dos nach getrennter Ehe gehabt hätte. Regelmäßig also kann die Frau in Betreff dieser Dos nur unter die einfachen chirographarii gestellt werden, wenn nicht etwa der Besteller sich ein Pfandrecht ausbedungen hatte, Francke im ziv. Arch. XVII. S. 460 fgg.

2) In anderen Fällen kann zwar der Mann nicht gezwungen werden, die Dos herauszugeben, aber er darf es doch ohne Nachtheil thun, vgl. Hasse in Zeitschr. für gesch. Rw. V. S. 311 fgg., Glück XXVII. §. 1276, Thibaut in Brann's Erörtr. S. 401 fgg. und besonders Francke im ziv. Arch. XVIII. S. 16 fgg., s. auch Unterholzner S. 471 fgg., Sintenis S. 60 fgg., *Pellat* l. c. p. 341 fgg., Leist, das erlaubte ungerufene Eingreifen S. 199 fgg. Von vorne herein ist aber hierbei zu bemerken, daß ein bloses Versprechen, die Dos herausgeben zu wollen, den Ehemann niemals bindet, selbst nicht in den gleich näher zu betrachtenden Ausnahmsfällen, l. 28. de pact. dotalib. (23, 4). Diese, durch Gesetz, und zwar wahrscheinlich durch die leges Jul. et Pap. Popp. [l. 27. §. 1. de relig. (11, 6), Nov. 22. c. 39] eingeführten Ausnahmsfälle sind aber in l. 73. §. 1. de jure dot. und l. 20. soluto matrim. enthalten, und sind folgende:

a) *ut aes alienum solvat*, also zu dem Zweck, damit die Frau ihre Schulden bezahle. Weil man annahm, daß hiermit die angef. l. 28. de pact. dotal. in Widerspruch stehe, so suchte man durch willkürliche Distinktionen zu helfen, wie namentlich dadurch, daß in l. 20. vorausgesetzt werden müsse, daß

die Frau kein anderweitiges Vermögen mehr habe, Hasse und Glück cit., oder gar, daß die l. 20. von fremden Schulden verstanden werden müsse, Thibaut cit. Bedenkt man aber, daß die l. 28. blos von einem Versprechen der Rückgabe handelt, also mit dem Falle der l. 20. gar nichts gemein hat, so muß man ganz allgemein sagen, daß der Frau, damit sie ihre Schulden bezahle, giltig die Dos zurückgezahlt werden dürfe, vgl. auch l. ult. de jure dot. und Francke cit.

b) *ut fundum idoneum emat*, was gewiß nichts anderes heißen soll, als: damit die Frau ein einträgliches Grundstück kaufen könne. Wie Hasse cit. daraus den Satz bilden konnte: „damit sie ein Grundstück kaufe, und es zur Sicherheit stelle, indem diese Sicherheit ihr nothwendig obliegt, und sie dieselbe sonst nicht schaffen kann", ist wahrhaft unbegreiflich und unmöglich daraus zu rechtfertigen, daß in unseren Quellen die Ausdrücke cautio idonea und fidejussor idoneus als technische vorkommen. Gewiß mit Recht hat sich daher auch Glück cit. gegen diese überkünstliche Ansicht erklärt, fehlt aber auf der anderen Seite darin, daß er voraussetzt, der gekaufte fundus müsse dem Manne wiederum zur Dos gegeben werden. Wäre dies gegründet, so würde dieser Fall in den Quellen zu den Fällen der permutatio dotis, nicht aber zu denjenigen gezählt sein, in denen der Mann die Dos während der Ehe mit Aufhebung ihrer Dotalqualität an die Frau herausgeben darf. Francke cit.

c) *ut se suosque alat*, also um sich und ihre Sklaven zu sustentiren, was sich als eine erlaubte ökonomische Einrichtung herausstellt, die in Abwesenheit des Ehemanns oder anderen ähnlichen Ursachen ihren hinreichenden Grund finden konnte.

d) Endlich wird auch als Ausnahme genannt, wenn die Rückgabe zu dem Zweck geschieht, um dürftige nahe Angehörige zu unterstützen, oder aus der Gefangenschaft loszukaufen, und hier wird denn auch in l. 73. cit. der Fall genannt: *ut egentem virum sustineat*. Hasse cit. versteht darunter einen früheren geschiedenen Mann; aber natürlicher ist es doch wohl mit Glück und Francke an den jetzigen Ehemann zu denken. Doch hat man nicht mit den genannten Schriftstellern blos den Fall zu supponiren, daß der Ehemann noch filiusfamilias sei, und die Dos sich in den Händen des paterfam. befinde, der sie dann an die Schwiegertochter herausgebe, um den Hausstand zu erhalten; sondern weit eher den anderen, daß die Einkünfte der Dotalsachen zur Sustentation nicht hinreichen, und durch die Rückgabe derselben an die Frau eine Versilberung derselben entweder möglich werden (wenn nämlich die Dos in Grundstücken besteht), oder von dem Manne doch wenigstens die Ersatz-Verbindlichkeit wegen ihrer Konsumtion abgewendet werden soll.

In allen diesen Fällen, welche Leist a. a. O. in gewiß sehr gezwungener Weise auf das Prinzip zurückführen will, daß eine Restitutions-Befugniß des Mannes für *impensae necessariae* begründet, aber auch darauf beschränkt sei, und in welchen Puchta, Lehrb. §. 420. Anm. o und Vorles. ad h. l. sicher mit Unrecht, nichts als ein Paar gesetzliche Beispiele erblicken will, in allen diesen Fällen wird aber gewiß nicht, wie Glück cit. meint, erfordert, daß die Dos auch wirklich zu dem bestimmten Zwecke verwendet worden sei, denn der Ausdruck: non perditurae uxori in l. 73. beweist dies offenbar nicht, sondern

es liegt darin nur, daß die Frau eine verständige Frau sein muß, von der man erwarten kann, daß sie die ihr anvertraute Dos nicht anders verwenden werde. —

Zahlt nun aber der Ehemann, ohne daß einer dieser Ausnahmsfälle eintritt, die Dos während bestehender Ehe zurück, so kann er nicht blos in jedem Augenblicke zurückfordern, l. un. C. si dos const. matrim. (5, 19), Nov. 22. c. 39, sondern er wird überdies durch eine solche Zahlung auch gar nicht liberirt und muß nach aufgelöster Ehe dieselbe nochmals zahlen, denn das Verbot einer solchen Rückzahlung während der Ehe hat eben den Zweck, damit der Frau ihre Dos erhalten werde, vgl. auch Francke cit. S. 11 fgg. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die ganze bisherige Ausführung auf die dos recepticia nicht paßt, denn hier steht der Rückzahlung an den Besteller auch während der Ehe nicht das Mindeste entgegen, indem dies eine gewöhnliche Vorausbezahlung einer betagten Schuld ist: an die Frau aber kann die Dos selbst in den ausgenommenen Fällen nicht gezahlt werden, indem der Mann vermöge des besonderen Vertrages stets die ganze Dos an den Besteller zurückzahlen muß.

4) Von dem Schicksal der Dos nach getrennter Ehe.

Dig. XXIV. 3. soluto matrimonio dos quemadmodum petatur: XXV. 1. de impensis in res dotal. fact. — Cod. V. 13. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita; V. 18. soluto matrim. dos quemadm. pet.; V. 22. ne pro dote mulieris bona quondam mariti addicantur.

Geschichtliche Einleitung. §. 219.

Dogmatische Darstellung. §. 220.

1) §. 217. T. 4. — 2) *Pompon.* l. 10. pr. sol. matr.: Si ab hostibus capta filia, quae nupta erat et dotem a patre profectam habebat, ibi decesserit, puto dicendum, perinde observanda omnia, ac si nupta decessisset: ut, etiam si in potestate non fuerit patris, dos ab eo profecta reverti ad eum debeat.

3) *Ulp.* l. 5. de divort. (24, 2): Si filia emancipata idcirco diverterat, ut maritum lucro adficiat, patrem fraudet, qui profecticiam dotem potuit petere, si constante matrimonio decessisset, ideo patri succurrendum est, ne dotem perdat; non enim minus patri, quam marito succurrere Praetorem oportet: danda igitur est ei dotis exactio, atque si constante matrimonio decessisset filia.

4) *Julian.* l. 59. sol. matr.: Filiae meae emancipatae et

aegrae vir in hoc repudium misit, ut mortua ea dotem potius heredibus ejus, quam mihi redderet. Sabinus dicebat, utile mihi ejus dotis recuperandae judicium dandum esse.

5) *Labeo* l. 79. pr. de jure dot.: Avus neptis nomine e filio natae genero dotem dedit, et moritur: negat Servius, dotem ad patrem reverti, et ego cum Servio sentio, quia non potest videri ab eo profecta, quia nihil ex his sui habuisset.

6) *Cels.* l. 6. de collat. (37, 6): Dotem quam dedit avus paternus, an post mortem avi, mortua in matrimonio filia, patri reddi oporteat quaeritur? occurrit aequitas rei, ut, quod pater meus propter me filiae meae nomine dedit, perinde sit, atque si ipse dederim: quippe officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet: et quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet.

7) *Justinian.* l. 30. C. de jure dot.: In rebus dotalibus, sive mobilibus sive immobilibus sive se moventibus, si tamen extant [cf. l. 6. f. C. de sec. nupt.: »si non fuerint alienatae vel consumtae vel suppositae«] sive aestimatae, sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam jubemus, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in ejus permanserint dominio. Non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere et hypothecariam omnibus anteriorem possidere: ut sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, ei plenissime consulatur. — Ihering in sein. und Gerber's Jahrbb. I. S. 126 fgg.; vgl. auch Arndts Lehrb. §. 411. Anm.

8) *Ulp.* l. 5. sol. matr.: De divisione anni ejus, quo divortium factum est, quaeritur, ex die matrimonii, an ex die traditi marito fundi maritus sibi computet tempus, et utique in fructibus a viro retinendis neque dies dotis constitutae, neque nuptiarum observabitur, sed quo primum dotale praedium constitutum est, id est tradita possessione.

9) *Paul.* l. 6. eod.: Si ante nuptias fundus traditus est,

ex die nuptiarum ad eundem diem sequentis anni computandus annus est. Idem in ceteris annis servatur, donec divortium fiat; nam si ante nuptias traditus sit, et fructus inde percepti, hi restituendi sunt, quandoque divortio facto, quasi dotis facti.

10) *Ulp.* l. 7. eod. princ.: Fructus eos esse constat, qui deducta inpensa supererunt, quod Scaevola et ad mariti, et ad mulieris impensas refert — — — §. 1. Papinianus autem libro XI. Quaestion. divortio facto fructus dividi ait, non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit; neque enim si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex Kalendis Novembrib. primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio, retinere virum et vindemiae fructus, et ejus anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est; alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Januarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. §. 2. E contrario quoque idem observandum est, nam si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit, et vir ex Kalendis Martiis eundem locaverit, et Kalendis Aprilib. primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium quo dotale praedium fuit, ex mercede, quae debebitur, portionem retinebit.

11) *Paul.* l. 4. de impensis in res dotales factis (25, 1): Et in totum id videtur necessariis impensis contineri, quod, si a marito omissum sit, judex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit, eas impensas fieri. Sed hoc differt, quod factarum ratio habetur, et si res male gesta est, non factarum ita, si ob id res male gesta est. Itaque si fulserit insulam ruentem, eaque exusta sit, impensas consequitur, si non fecerit, deusta ea nihil praestabit.

12) *Nerat.* l. 15. eod.: Quod dicitur, impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere, ita interpretandum est, ut, si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id in ea causa sit; nam tueri res dotales vir suo sumtu debet, alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data, et quaevis modica aedificiorum dotalium refectio, et

agrorum quoque cultura dotem minuent; omnia enim haec in specie necessariarum impensarum sunt. Sed ipsae res ita praestare intelliguntur, ut non tam impendas in eas, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris.

13) *Paul.* l. 56. §. 3. de jure dot.: Quod dicitur, necessarias impensas ipso jure dotem minuere, non eo pertinet, ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed nisi impensa reddatur, aut pars fundi, aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse Scaevola noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. Si pecunia et fundus in dote sint, et necessariae impensae in fundum factae, Nerva ait, dotem pecuniariam minui. Quid ergo, si mulier impensas marito solverit, utrum crescet dos, an ex integro data videbitur? Cujus rei manifestior iniquitas in fundo est secundum Scaevolae nostri sententiam; nam si desinit dotalis esse, poterit alienari. Rursus quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia, an jam pecunia in dote esse videbitur? Et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur.

14) *Ulp.* l. 5. de impens. in res dot. fact.: Quod dicitur, necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, utputa fundus vel quodcunque aliud corpus; etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam; caeterum haec res faciet, desinere esse fundum dotalem, vel partem ejus; manebit igitur maritus in rerum detentatione, donec ei satisfiat, non enim ipso jure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus, deminutionem dotis ipso jure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia; nam in pecunia ratio admittit, deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso jure dos deminuetur per impensas necessarias. Hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint; caeterum, si extrinsecus, non deminuent dotem. §. 1. Sed si impensis necessariis mulier satisfecerit, utrum dos crescat, an vero dicimus, ex integro videri dotem? Et ego, ubi pecunia est, non dubito dotem videri crevisse.

Anm. 1. Wem nach Justinianischem Rechte die Dos zufalle, wenn die Ehe durch den Tod eines der Gatten getrennt ist, muß mit folgenden Unterscheidungen beantwortet werden:

1) Wenn die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst ist, so bleibt es im Wesentlichen ganz bei dem alten Rechte, und ein Unterschied zwischen dos profect. und advent. ist nicht zu machen. Ist nämlich

a) die Frau sui juris, einerlei, ob sie es durch Emanzipation oder den Tod ihres paterfam. geworden ist, so fordert sie stets allein die dos zurück. Verstirbt sie vor der Zurückforderung, so hatten nach altem Rechte die Erben nur dann eine Klage, wenn der Mann schon in eine mora versetzt war, *Ulp.* VI. 7, vgl. *Vat. fr.* §. 59, während nach jetzigem Recht die Erben ohne Rücksicht auf mora dasselbe Rückforderungsrecht haben, wie die Frau auch, l. un. §. 4. C. de R. U. A.

b) Steht die Frau noch in der potestas, so kann weder sie allein, noch der Vater allein klagen, sondern nur der Vater mit Einwilligung der Tochter, l. 2. §. 1, l. 3, l. 34. h. t. (24, 3), l. un. §. 14. C. de R. U. A., l. 2. 7. C. soluto matrim. (5, 18), was aber nicht so viel heißen soll, als hätten auch Beide gleiches Recht an der Dos, sondern diese steht als adventicia blos in dem gewöhnlichen ususfructus paternus, als profecticia dagegen in dem vollen Eigenthume des Vaters, l. 2. C. de bon. quae liber (6, 61), Francke im ziv. Arch. XXVI. S. 420 fgg., und muß nur der Frau für eine zweite Heirath aufbewahrt werden, Nov. 97. c. 5, so wie dieselbe ihr auch bei dem Tode des Vaters unter Umständen (keineswegs immer) als praecipuum zufällt, l. 12. C. comm. utriusque judicii (3, 38). Die Tochter kann übrigens ihre Einwilligung nicht ohne gerechten Grund versagen, l. 22. §. 6. solut. matr., und sie wird auch schon als einwilligend angenommen, wenn sie nicht widerspricht, weshalb auch dem Vater, wenn die Tochter wahnsinnig ist, die Rückforderung ohne Weiteres zusteht, l. 2. §. 2, l. 22. §. 9. soluto matrim., während, wenn sie nur abwesend ist, der Vater zwar allein die Klage anstellt, aber kaviren muß, die Tochter werde seine Handlungen genehmigen, l. 2. §. 1. i. f. sol. matr. Ist der Vater wahnsinnig, so tritt sein Kurator an seine Stelle; l. 22. §. 10. sol. matr., l. 65. de solut., und ist derselbe abwesend, so klagt zwar die Tochter, muß aber de rato kaviren, l. 22. §. 4. sol. matr. Ist endlich vom Vater zu befürchten, daß er die Dos verschleudern werde, so muß der Richter Sorge tragen, quatenus et filiae et patri competenter consulatur, l. 22. §. 6. eod. — Uebrigens kommt dieser ganze zweite Fall h. z. T. nicht mehr vor, da in Deutschland bekanntlich die Regel gilt, daß die Tochter durch Verheirathung aus der väterlichen Gewalt heraustritt.

2) Wird aber die Ehe durch den Tod der Frau getrennt, so muß zwischen der dos advent. und profect. unterschieden werden:

a) Im Fall der dos advent. ist das alte Recht, wornach die Dos stets bei dem Manne zurückblieb, durch Justinian geändert, und den Erben der Frau steht allgemein das Rückforderungsrecht zu, l. un. §. 6. C. de R. U. A.

b) Was aber die dos profect. anbelangt, so ist zunächst so viel gewiß, daß dann, wenn der Konstituent der Dos nicht mehr lebt, die Erben der Frau dieselbe zurückfordern können, l. un. §. 6. C. cit., und daß umgekehrt dann, wenn der Besteller noch lebt, und die Ehefrau bis zu ihrem Tode in dessen

Gewalt stand und keine Kinder hinterließ, dieselbe an ihn zurückfällt, l. 6. de jure dot., l. un. §. 13. i. f. C. de R. U. A. Sehr bestritten aber ist es:

aa) Ob der Konstituent der Dos auch dann das Rückforderungsrecht habe, wenn er die Tochter oder Enkelin emanzipirt hatte? Nach Pandektenrecht muß m. E. diese Frage unbedingt bejaht werden, denn dafür spricht nicht nur der allgemeine in l. 6. de jure dot. angegebene Grund dieses Rückforderungsrechts („ut, filia amissa, solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret“), und daß in den Stellen, wo ex professo das Recht des Vaters auf die dos profecticia angegeben wird, kein Unterschied gemacht wird, ob die Frau filiafamilias oder sui juris war, vgl. z. B. außer der l. 6. cit. auch *Ulp.* VI. 4, Vat. fragm. §. 108: sondern es wird auch in mehreren Pandekten-Stellen mit voller Entschiedenheit das Rückforderungs-Recht des Vaters ungeachtet der Emanzipation der Tochter anerkannt, l. 71. de evict. (21, 2), l. 10. pr. sol. matrim. und bes. l. 5. de divort. (24, 2) und l. 59. sol. matrim. (T. 1—4). Wenn aber die Mehrzahl der Theoretiker ganz dasselbe auch noch für das Justinianische Recht annimmt, vgl. z. B. Glück XXVII. S. 196 fgg. und die dort Angeff., und die Lehr- und Handbücher von Thibaut (9. Ausg.) §. 748, Wening §. 377. Not. 5, Göschen §. 691. (Bd. III. S. 58), Rudorff §. 371. Anm. S. 338, Holzschuher I. S. 539, Puchta §. 419, Vorles. II. ad h. l., Sintenis III. S. 46. Not. 29. u. A. m.: so muß ich jetzt diese Ansicht, die auch ich in früheren Ausgaben dieses Buchs vertheidigt habe, für irrig erklären, indem Justinian in l. un. §. 13. C. de rei uxor. act. mit ganz bestimmten Worten das Gegentheil vorschreibt. Dort heißt es nämlich: wenn ein Extraneus die Dos bestellt und keine besondren Verträge über die Rückgabe derselben abgeschlossen hat, so soll immer angenommen werden, die Frau selbst hat sich die Rückgabe stipulirt, so daß also nicht dem Extraneus, sondern lediglich ihr und ihren Erben die actio ex stipulatu zusteht; Extraneus sei aber ein Jeder, außer dem väterlichen Aszendenten, welcher die Tochter in seiner Gewalt habe,

„Extraneum autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem *et in potestate dotatam personam habentem;* parenti enim tacitam ex stipulatu actionem donamus“.

Hierin liegt nun ganz unabweislich, daß ein väterlicher Aszendent, welcher die Tochter oder Enkelin nicht in seiner Gewalt hat, als Extraneus im Sinne dieses Gesetzes betrachtet werden muß, und das Rückforderungsrecht also nicht ihm, sondern nur den Erben der emanzipirten Tochter zusteht; vgl. Francke im ziv. Arch. XXVI. S. 433 fgg., und s. auch Zimmern, Rechtsgesch. I. S. 622. und Unterholzner II. S. 442. Not. e. (Die in einigen Mss. vorkommende Lesart dieser Stelle: et in potestate dotatam personam *non* habentem muß gewiß verworfen werden, da sie nicht nur einen schiefen Sinn giebt, sondern auch der weit überwiegenden Mehrzahl der Handschriften, s. die Note 4. bei Herm. ad h. l., und den Basiliken [XXIX. 1. fr. 119. bei Heimb. III. p. 457.] widerspricht. Die Glosse ad. h. l. will dadurch helfen, daß sie die entscheidenden Worte so versteht: „Extraneus sei ein Jeder, außer dem väterlichen Aszendenten, und außer demjenigen, der die Gewalt über die dotirte Tochter habe“, wornach der Sinn

also der sein soll, daß hier von dem Begriffe der extranei ausgeschieden seien **einmal** alle väterlichen Aszendenten [auch wenn sie die Gewalt nicht hätten], und **außerdem** auch der Adoptivvater, welcher die Gewalt habe. **Cujacius** ad h. l. [tom. IX. p. 526] und in libr. XVI. Quaest. Paul. ad l. 71. de evict. [tom. V. p. 1126] will dagegen die ganze Stelle lediglich auf den Fall beschränken, wenn die Ehe durch Scheidung getrennt, und die Frau selbst also noch am Leben sei; und dieser Ansicht scheinen auch die neueren Juristen stillschweigend beizustimmen, da sie die ganze Stelle bei unserer Frage gar nicht erwähnen). Durch die Vergleichung mit diesem klaren Ausspruch **Justinian's** gewinnt denn auch noch eine andre Stelle einige Bedeutung für die hier vertheidigte Ansicht, nämlich die l. 4. C. sol. matrim. (5, 18):

> *Alexander.* „Dos a patre profecta, si in matrimonio decesserit mulier *filiafamilias*, ad patrem redire debet",

obwohl an und für sich betrachtet auf diese Stelle kein großes Gewicht gelegt werden kann, da ein argumentum a contrario aus einem kaiserlichen **Reskript** immer ganz unsicher ist, weil sich die Fassung der Antwort nach dem einzelnen zur Begutachtung vorgelegten Falle zu richten pflegte. — Uebrigens ist in l. un. §. 13. cit. nur **der** Fall entschieden, wenn der Konstituent der Dos schon zur Zeit der Bestellung derselben die Tochter emanzipirt hatte, und es fragt sich also noch, wenn zwar zur Zeit der Bestellung die väterliche Gewalt noch begründet war, aber der Vater nachher die Tochter emanzipirt hatte? Daß die tacita stipulatio des Vaters, die hier von Anfang an unbezweifelt begründet war, durch die nachherige Emanzipation wieder erlösche, ist von Justinian mit keinem Worte angedeutet, und für diesen Fall muß also gewiß auch noch im Justinianischen Rechte das Vorzugsrecht des Vaters vor den Erben der Frau zugelassen werden. Für diese Annahme spricht auch noch vorzugsweise die Aufnahme der oben zitirten Pandektenstellen in die Justinianische Kompilation, indem dieselben ganz ungezwungen auf den Fall einer solchen späteren Emanzipation bezogen werden können, und in dieser Beschränkung mit Justinian's Verordnung in keinem Widerspruche stehen. — Hiernach muß für das Justinianische Recht die einfache Regel aufgestellt werden, daß zwar eine der Konstituirung der Dos vorausgegangene Emanzipation das gesetzliche Rückforderungsrecht des Vaters ausschließt, daß aber eine nachfolgende Emanzipation dasselbe keineswegs aufhebt.

bb) Berühmter noch ist der schon unter den Glossatoren verhandelte Streit (vgl. *Haenel*, dissens. dominor. pag. 40 sqq., 87 sqq., 441 sqq.) ob dem Vater auch dann ein Rückforderungsrecht zustehe, wenn die Tochter Kinder hinterlassen habe. **Martinus** läugnete dies, während **Bulgarus** sich für das Recht des Vaters erklärte, und seine Lehre auch zu seinem großen Nachtheile durch die That bekräftigte, **Savigny**, Gesch. d. RR. im M. A. IV. S. 83 fgg. In der Folgezeit adoptirte die Praxis fast allgemein die mildere Meinung des Martinus, obwohl die besten Theoretiker sich von jeher dagegen erklärten, vgl. die bei **Glück** XXVII. S. 205 fgg. Angeff., und namentlich auch h. z. T. die Meinung des Bulgarus sehr allgemein als die richtige anerkannt wird, offenbar mit dem größten Recht. Was nämlich das Recht vor Justinian anbelangt, so ist es ausgemacht, daß das Dasein von Kindern das Rückforderungsrecht des Vaters nicht ausschloß, indem hier nur der Vater für jedes Kind ⅕ der Dos

zurückließ, *Ulp.* VI. 4, Vat. fr. §. 108. Justinian ändert nun hierin blos soviel, daß er die retentio propter liberos aufhob, l. un. §. 5. C. de R. U. A., und es muß nun also seit dieser Zeit nothwendig die dos profect. ganz unverkürzt an den Vater fallen, selbst, wenn Kinder vorhanden sind, und damit stimmt es denn auch ganz vollkommen zusammen, wenn in vielen Stellen, ohne alle Unterscheidung gesagt wird, daß die dos profecticia, wenn die Ehe durch den Tod der Frau getrennt werde, an den Vater zurückfalle, l. 17. ad SC. Maced. (14, 6), l. 6. pr., l. 78. §. 1. de jure dot., l. 10. pr. sol. matr., l. 4. C. sol. matr. u. a. m.

Ganz originell ist bei unserer Frage Tigerström. Derselbe stellt nämlich Bd. II. S. 84 fgg. für den Fall, wenn die Ehe durch den Tod der Frau getrennt wurde, im Wesentlichen folgende Sätze auf: Es sei hier durchaus kein Unterschied zwischen der dos profect. und advent. zu machen, sondern die Dos falle stets an die Erben der Frau, und also zunächst an die Kinder, wenn solche vorhanden seien. Dies gelte ganz allgemein, wenn die Frau als materfamilias verstorben sei, einerlei, ob sie durch Emanzipation oder den Tod ihres Vaters sui juris geworden sei. Sei aber die Frau als filiafam. verstorben, dann müsse man zwar quoad proprietatem dotis ganz dasselbe annehmen, Nießbrauch und Administration fielen aber in einem solchen Falle an den überlebenden Vater der Ehefrau.

Anm. 2. Wenn das letzte Ehejahr (über dessen Begriff L. 8. und 9. zu vergleichen sind), in eine einzige Fruchtperiode fällt, so macht die gesetzlich vorgeschriebene Theilung der Dotalfrüchte nicht die mindeste Schwierigkeit. Sehr streitig dagegen ist der zweite Fall, wenn in dem letzten Ehejahre zwei Fruchtperioden zusammentreffen.

I. Darin stimmten bis in die neueste Zeit Alle überein, daß in einem solchen Falle die Erndten von zwei Jahren berücksichtigt werden müßten, sowohl die Erndte derjenigen Fruchtperiode, deren Ende in das Theilungsjahr fällt, als auch die Erndte derjenigen, deren Anfang nur noch demselben angehört, und nur über die Art und Weise der Berücksichtigung dieser beiden Erndten war man sehr uneinig (s. Nr. II). Neuerlich hat sich aber Francke im civ. Arch. XXX. Nr. 10, bes. S. 294 fgg. (vgl. auch Unterholzner S. 458. not. k. a. E.) entschieden gegen diese Ansicht ausgesprochen, und im Gegensatz dazu die Behauptung aufgestellt, daß immer nur eine Erndte, nämlich die wirklich während des Theilungsjahrs gemachte, in Rechnung gezogen, und nur diese verhältnißmäßig unter die Interessenten vertheilt werden dürfe. Gesetzt, die Ehe beginnt am 1. Juli, und endet am 31. Dezember 1850, und es ist ein Weinberg zur Dos gegeben: so muß nach der herrschenden Lehre bei der Berechnung der Dotalfrüchte sowohl die Weinlese des Jahrs 1850, die der Ehemann wirklich gemacht hat, als auch die künftige Weinlese des Jahrs 1851 berücksichtigt werden, indem die Ehe 4 Monate in der einen, und 2 Monate in der andren Fruchtperiode gebauert hat: nach Francke's Ansicht dagegen kommt lediglich die Weinlese des Jahrs 1850 in Betracht, und von dieser soll dann der Ehemann, weil die Ehe ein halbes Jahr gedauert hat, die Hälfte zurückbehalten dürfen. Ich halte die herrschende Lehre für die allein richtige. Wenn nämlich Francke dagegen anführt, daß in den Gesetzen nirgends gesagt sei, daß die Erndten zweier Jahre

zu theilen seien, sondern dort immer nur von den Früchten eines Jahres gesprochen werde („fructus novissimi *anni*", „fructus *anni*, quo factum divortium est"): so ist dieses Argument gewiß irrelevant, indem hier augenscheinlich von den Früchten des letzten Ehejahrs die Rede ist, welches natürlich immer nur eines sein kann, zu dessen Früchten aber nichts desto weniger die Früchte zweier Perioden gehören können; und daß dieses Letztre wirklich der Fall ist, geht m. E. mit Nothwendigkeit aus dem in dieser Lehre herrschenden Grundsatze hervor: „fructuum *toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur*, rationem accipere debemus", l. 7. §. 9. sol. matr. Hiernach gehören nämlich offenbar auch die von dem Ehemanne nicht mehr perzipirten Früchte doch noch zu den Früchten dieses letzten Jahrs, und wie dieselben, wenn die Ehe etwa erst im November angefangen und Ende Dezember wieder aufgelös't wäre, ganz unzweifelhaft dahin gehören würden, so muß dies auch dann der Fall sein, wenn die Ehe schon im Juli abgeschlossen war, denn daß in diesem letztern Falle auch noch außerdem andre Früchte zu den fructus novissimi anni gehören, kann begreiflich kein Grund sein, diese davon auszuschließen. Das praktische Bedenken aber, was Francke der herrschenden Lehre entgegenhält, daß es nämlich darnach den Interessenten unmöglich gemacht werde, sich sofort bei Trennung der Ehe zu berechnen und auseinanderzusetzen, ist schon an sich ohne alle Bedeutung, indem hier durch Kautionsleistung sehr einfach geholfen wird, l. 7. §. 15. sol. matr.; aber es verschwindet ganz, wenn man die augenscheinlichen Härten und Unbilligkeiten dagegen hält, die aus der Francke'schen Theorie im Falle ungleicher Erndten bald für den Mann, bald für die Frau hervorgehen müssen. Man setze z. B. die Ehe beginnt am 1. Oktober, und der Ertrag der Lese von dem zur Dos gegebenen Weinberge beträgt 12; die Ehe dauert dann bis zum 1. Oktober des nächsten Jahres, und die nach Trennung der Ehe gemachte Lese beträgt 100. Nach Francke muß hier der Ehemann mit 12 zufrieden sein; während wenn die Ehe erst am 1. November angefangen, und dann nur 11 Monate gedauert hätte, er unzweifelhaft $11 \times \frac{100}{12} = 91\frac{2}{3}$ in Anspruch nehmen konnte! Mit dem Einwurfe, daß es hier auf zufälligen Vortheil oder Nachtheil nicht ankomme, sondern blos „mit Rechtsregeln gerechnet werde", kann hier nicht geholfen werden, denn die Frage ist eben, ob wohl eine Rechtsregel begründet sein kann, die zu solchen offenbaren Inkonsequenzen hinführen müßte. Direkt widerlegt wird aber m. E. die Theorie von Francke durch die gleich nachher bei Nr. II. näher zu besprechende l. 7. §. 1. sol. matr., wo gerade ein Fall behandelt wird, in welchem in dem Theilungsjahr zwei Fruchtperioden zusammentreffen, und wo — man mag die Stelle übrigens auslegen wie man will — das wenigstens ganz unzweideutig ausgesprochen wird, daß die Früchte beider Perioden („fructus vindemiae et quarta portio mercedis") bei der Theilung der Dotalfrüchte in Berechnung gezogen werden müssen.

II. Wenn nun aber auch soviel feststeht, daß in einem solchen Falle bei der Theilung der Dotalfrüchte auf beide Fruchtperioden Rücksicht genommen werden muß, so ist doch die Art und Weise, wie die Berechnung vorzunehmen ist, von jeher außerordentlich bestritten gewesen, und zwar ist die Quelle aller Streitfragen die berühmte Entscheidung, welche Ulpian in l. 7. §. 1. sol. matr.

(T. 10) aus dem 11. Buche von Papinian's Quästionen anführt. Es schließt nämlich Jemand am 1sten Oktober eine Ehe, und empfängt einen Weinberg zur Dos; hierauf erndtet er die ganzen Früchte, verpachtet dann am 1sten November den Weinberg, und löset die Ehe am letzten Januar auf, so daß also die ganze Ehe vier Monate gedauert hat, einen Monat in der einen und drei Monate in der anderen Fruchtperiode. Die Entscheidung lautet hier so: „vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur". Unter den vielen hierüber aufgestellten Meinungen, worüber Glück XXVII. S. 272 fgg. bes. S. 298 fgg. zu vergleichen ist, sind hier nur folgende Ansichten einer besonderen Erwähnung werth: 1) Sehr alt ist die Meinung, daß hier wirklich der ganze Ertrag der Weinlese und ¼ des Pachtgeldes addirt, und davon der dritte Theil dem Manne als die auf ihn fallende Rate zugewiesen werden müßte. Diese Ansicht wurde vorzugsweise eifrig vertheidigt von Cujacius, in Paul. rec. sent. II. 23. (opp. I. p. 400 sqq.), de Feud. IV. 30. (II. p. 1281), observ. XIV. 22. (III. p. 405 sqq.), in libr. XI. Quaest. Papin. ad l. 7. cit. (IV. p. 285 sqq.) vgl. auch controv. Jo. Roberti et Jac. Cujacii II. 7. (X. p. 166 sqq.), in unsren Tagen aber besonders von Hasse comm. de variis eorum sententiis, qui in explan. l. 7. §. 1. sol. matr. vulgatam interpretationem reliquerunt. Bon. 1827. und im Rhein. Mus. II. S. 1 fgg., und ihr haben sich auch z. B. angeschlossen Schrader in der Tüb. krit. Zeitschr. VI. S. 219 fgg., *Kübel*, de dotis fructibus sol. matr. dividendis. Tüb. 1841, Puchta, Vorles. II. ad §. 421, und Francke im ziv. Arch. XXX. S. 279 fgg., bes. S. 303 fgg., welcher Letztere jedoch in der Begründung dieser Auslegung wesentlich von Hasse abweicht. 2) Dagegen nahm *Duaren.* disput. I. 60, und mit ihm manche Andere (z. B. *Donell.* comm. jur. civ. XIV. 7) an, dem Manne gebühre hier überall 1/12 der Weinlese und ¼ der Pachtsumme. 3) Einen anderen Weg schlug *Connan.* comment. jur. civ. lib. VIII. c. 10. no. 8 ein, vgl. jetzt auch Meier in Schweppe's Handb. IV. §. 687; er vereinigt nämlich den Ertrag der Weinlese und die ganze Pachtsumme, um daraus einen Mittelertrag zu bilden, und sucht dann daraus die dem Ehemanne gebührende Rate. 4) Mit Connanus stimmt in der Grundidee Schrader überein in seiner comment. de divis. fructuum dotis. Helmst. 1805. 4, und ihm sind viele Neueren gefolgt, z. B. Glück a. a. O. S. 317 fgg., Unterholzner S. 457 fgg. Note k, während Schrader selbst später die Hasse'sche Meinung vorzog (s. oben). Auch er will einen Mittelertrag auffinden, und daraus die Portion des Ehemannes bemessen, aber statt mit Connanus die Weinlese und die ganze Pachtsumme zu diesem Zweck zusammen zu rechnen, addirt er nur die Weinlese und ¼ der Pachtsumme, repartirt dann diesen Betrag auf die 15 Monate der beiden Fruchtperioden, und berechnet hiernach die Quantität, welche auf die vier Ehemonate fällt. — Nach sorgfältiger Prüfung dieser verschiedenen Ansichten sehe ich mich genöthigt, der von fast allen Neuern verworfenen Meinung Duaren's beizustimmen. Alle übrigen Erklärungen unseres Gesetzes lassen die bedeutendsten Einwendungen zu:

a) Die Ansicht von Cujacius und Hasse läßt sich zwar mit den Worten recht wohl vereinigen (obwohl doch zu erwägen ist, daß es nicht heißt:

ejus pecuniae, wie es eigentlich nach jener Auslegung heißen müßte, sondern: *ex ea pecunia)*, aber sie beruht auf einem so groben Rechnungsfehler, daß man sie unmöglich dem scharfsinnigen Papinian zumessen kann. Wenn man nämlich die ganze Weinlese und den 4ten Theil der Pachtsumme addirt, so ist dies offenbar der Fruchtertrag von 15 Monaten; wollte man nun davon dem Ehemanne den dritten Theil zuwenden, so würde dieser einen Ertrag von fünf Monaten lukriren, während doch die Ehe nur 4 Monate gedauert hat. Dieser Fehler wird um so auffallender, je länger man sich die Ehe in der zweiten Fruchtperiode verlängert denkt, und gesetzt also, die Ehe dauert in der zweiten Fruchtperiode noch 5 Monate, so würde dem Ehemann der Fruchtertrag von 8⅓ Monaten zufallen, obgleich die Ehe blos 6 Monate gedauert hätte. Wenn Hasse diesen groben Fehler dadurch verdecken will, daß er annimmt, Papinian habe sich zu dieser Rechnung durch die Betrachtung verleiten lassen, die Frau habe den Ehemann für das erste Jahr besonders reichlich ausstatten wollen, etwa wegen der Kosten der neuen Einrichtung u. dgl., so sind solche Gründe Papinian's ganz unwürdig; und zwar sind sie um so unpassender, da Hasse's Meinung auch das umgekehrte Resultat haben kann, daß nämlich der Ehemann weniger bekommen kann, als ihm eigentlich gebührt, denn setzen wir, die Weinlese ist $= 6$, das Pachtgeld $= 24$, so würden nach Hasse dem Ehemanne zufallen $\frac{6+6}{3} = 4$, während ihm in Wahrheit 6½ gebühren, (nämlich ½ für den einen Monat in der ersten, und 6 für die 3 Monate in der zweiten Fruchtperiode). — Auch die neue Begründung, welche Francke a. a. O. dieser alten Auslegung gibt, kann gewiß nicht gebilligt werden. Nach seiner Ansicht soll nämlich die quarta portio mercedis gar nicht als Frucht der zweiten Fruchtperiode in Betracht kommen — denn solche Früchte sollen ja nicht in die Berechnung gezogen werden, s. Nr. I. —, sondern der Ehemann habe vielmehr dadurch, daß er den Weinberg verpachtet, und den Pachtzins für drei Monate verdient habe, den Ertrag des Weinbergs für dieses Jahr um so viel gesteigert, und es sei also völlig konsequent, daß diese quarta portio mercedis zusammen mit der ebenfalls perzipirten Weinlese, die fructus novissimi anni und folglich die Theilungsmasse bildeten, aus welcher dann dem Ehemann sein entsprechender Theil, also in unsrem Beispiele ⅓ zufiele; hätte der Ehemann nicht verpachtet, so bestände die Theilungsmasse lediglich aus den fructus vindemiae, und hätte der Ehemann etwa erst vom 1. Januar an verpachtet, so würde die Theilungsmasse aus der Weinlese und $\frac{1}{12}$ des Pachtgeldes bestehen. — Sind die Ausführungen bei Nr. I. begründet, so fällt damit von selbst das ganze Fundament dieser Argumentation zusammen. Sehen wir aber auch hiervon ab, so können der Natur der Sache und den Gesetzen nach Pachtgelder bei fruchttragenden Sachen als Surrogat der fructus naturales angesehen werden, und gelten also namentlich erst dann im Rechtssinn als perzipirt, wenn auch die fructus naturales perzipirt sein würden, l. 58. pr. de usufr. (7, 1), l. 9. §. 1. locati (19, 2). Es ist also unwahr, daß hier der Ehemann schon ¼ des jährlichen Pachtgeldes verdient gehabt habe, sondern der hier von Papinian entschiedene Fall steht juristisch völlig dem andren gleich, wenn keine Verpachtung Statt gefunden hätte, nur daß hier Statt der quarta portio mercedis der vierte

Theil der künftigen Weinlese gesetzt werden müßte. Und was endlich die letzte Behauptung von Francke anbelangt, daß dann, wenn die Verpachtung erst am 1. Januar angefangen hätte, nur der zwölfte Theil des Pachtgelds in die Theilungs-Masse fallen würde, so dürfte dieselbe in einem unauflöslichen Widerspruch mit l. 7. §. 2. sol. matr. stehen.

b) Die Meinungen von Connanus und Schrader beruhen gleichmäßig auf der Idee, daß man hier einen Mittelertrag der beiden Fruchtperioden aufsuchen müsse; was aber gewiß ganz unnatürlich ist, besonders, wenn man den Fall supponirt, daß die Ehe mehrere Jahre hindurch gedauert habe, wo man dann also einen Mittelertrag zwischen der ersten und letzten Fruchtperiode, die vielleicht 10 und mehr Jahre auseinander liegen, aufzustellen hätte. Wären aber die Römer unbegreiflicher Weise auf die Idee eines Mittelertrags gekommen, so würde offenbar die Meinung von Connanus aus inneren Gründen der von Schrader vorzuziehen sein, denn es ist doch gewiß verständiger, zum Zweck eines Mittelertrages zwei ganze Fruchtperioden zu nehmen, als eine ganze Fruchtperiode und ein Stück der anderen. Aber freilich stößt diese Meinung geradezu gegen die Worte des Gesetzes an, wornach ja ausdrücklich vindemiae fructus et *quarta portio* mercedis konfundirt werden sollen. Etwas weniger mit den Worten des Gesetzes im Widerstreit ist allerdings die Schrader'sche Interpretation, obwohl auch sie willkürlich damit umgeht, denn nicht nur, daß das confundi hiernach eine eigene Bedeutung haben soll, nämlich das Zusammenwerfen zum Zweck der Auffindung eines Mittelertrags, so muß auch Schrader die folgenden Worte: ut ex ea pecunia u. s. w. so übersetzen: damit hieraus dem Ehemanne sein Drittheil verbleibe, was doch gewiß zu kühn ist. Ueberdies aber führt die Schrader'sche Meinung zu dem höchst unbilligen Mißverhältniß, daß darnach der Ehemann für eine größere Zahl von Dotalmonaten leicht weniger Früchte erhalten kann, als für eine geringere; denn gesetzt, die Weinlese betrug 6, die Pacht 12, und die Ehe dauert im Ganzen 12 Monate, so daß im ersten Monat die Weinlese gemacht war, so bekommt nach Schrader der Ehemann nur $8\frac{20}{23}$, (denn $\frac{6+11}{23}$ würde der auf jeden einzelnen Monat fallende Betrag sein, und $12 \times \frac{17}{23} = 8\frac{20}{23}$), während, wenn die Ehe erst nach der Weinlese angefangen, und dann 11 Monate gedauert hätte, er volle 11 bekommen würde. — Müßte wirklich ein Mitteljahr gebildet werden, so dürfte dies gewiß nur so geschehen, wie es jetzt von Arnold comm. ad leg. 7. §. 1. sol. matr. Berol. 1850. p. 6 sqq. vorgeschlagen ist. Man müßte nämlich den Ertrag eines fingirten Jahrs aufsuchen, dessen 12 Monate sich in die beiden Fruchtperioden ganz in demselben Verhältniß theilen, welches bei den wirklichen Ehemonaten Statt findet, und aus diesem Mittelertrag müßte dann dem Ehemann sein verhätnißmäßiger Antheil nach der Dauer des letzten Ehejahrs bemessen werden. Setzen wir, in dem Papinianischen Beispiele betrug die Weinlese 12, die Pacht 24. Da sich die beiden Fruchtperioden in den 4 Ehemonaten wie 1 zu 3 verhalten, so würden in dem zu bildenden Mitteljahre drei Monate der ersten Fruchtperiode (mit dem Ertrag 12), neun Monate aber der zweiten (mit dem Ertrag 24) angehören, denn $1 : 3 = 3 : 9$. Der Ertrag dieses Mitteljahrs würde demnach sein $3 + 18 = 21$, denn auf die 3 Monate,

die der ersten Fruchtperiode von 12 angehörten, kämen 3; auf die 9 andren Monate mit der Fruchtperiode 24 kämen aber 18. Von diesen 21 würde nun dem Ehemann, da die Ehe 4 Monate, also $\frac{1}{3}$ Jahr gedauert hat, der dritte Theil zufallen, also 7. Oder setzen wir, die Ehe hat 9 Monate gedauert, die sich in zwei Fruchtperioden so vertheilen, daß die 3 ersten Monate einer Fruchtperiode mit dem Ertrag von 24, die 6 letzten Monate aber einer Fruchtperiode mit dem Ertrag von 12 angehören. Da $3 : 6 = 4 : 8$, so würden in dem zu bildenden Mitteljahr 4 Monate auf die erste, 8 Monate auf die zweite Fruchtperiode fallen, und der Ertrag dieses Jahrs würde demnach sein $(24 \times \frac{4}{12}) + (12 \times \frac{8}{12}) = 8 + 8 = 16$, und der Antheil des Ehemanns für die 9 Ehemonate (also $\frac{3}{4}$ des Jahrs) würde dann $\frac{3}{4}$ dieser Summe ausmachen, also $= 12$. Ein solches Mitteljahr wäre allein der Natur der Sache angemessen, da nur hierbei die nothwendige Rücksicht auf das Verhältniß der Dauer der Ehe in den beiden Fruchtperioden genommen ist. Aber dieses Mitteljahr führt stets mit mathematischer Nothwendigkeit ganz zu demselben Resultate, wie die weit einfachere Berechnung von Duaren, und diese Uebereinstimmung ist wohl ein nicht unerhebliches Argument für die innere Haltbarkeit und mathematische Konsequenz dieser letztren; den Römern war aber gewiß die ganze Idee von einem solchen Mitteljahr oder einem fingirten Jahre eine völlig fremde.

Allen diesen sprachlichen und sachlichen Einwendungen entgeht man vollständig, wenn man die Theorie des Duarenus annimmt. Sie ist offenbar die einfachste und konsequenteste, denn es entscheidet dabei ganz dasselbe Prinzip, was auch im Fall einer einzigen Fruchtperiode gilt, und selbst Schrader giebt zu, daß sie die vorzüglichste Berechnungsart sei, die jedem neuen Gesetze zu Grunde zu liegen verdiene. Wenn aber die meisten Neueren behaupten, diese Theorie sei mit den Worten Papinian's in unauflöslichem Widerspruch, so ist dies gewiß irrig. Man muß nämlich so übersetzen: „der Ertrag der Weinlese und $\frac{1}{4}$ des Pachtgeldes müssen in der Art konfundirt werden, daß daraus $\frac{1}{3}$ für den Ehemann wird". Soll aber aus $\frac{1}{4}$ ein Drittheil werden, so muß $\frac{1}{12}$ hinzukommen, und es muß also zu dem $\frac{1}{4}$ der Pacht $\frac{1}{12}$ der **fructus vindemiae** hinzugerechnet werden. Freilich liegt hier der Einwand nahe, daß doch unmöglich Bruchtheile ganz verschiedener Dinge blos summirt werden könnten, und wie es z. B. Niemanden einfallen würde, $\frac{1}{12}$ einer Wiese und $\frac{1}{4}$ eines Gartens zu $\frac{1}{3}$ zu summiren, eben so wenig könne es die Meinung Papinian's gewesen sein, $\frac{1}{3}$ zu bilden aus $\frac{1}{12}$ Weinlese und $\frac{1}{4}$ Pachtgeld; und dieses ist auch wenn ich recht sehe, der Sinn der von Puchta, Vorles. a. a. O. gemachten Bemerkung: „allein die Stelle [nämlich l. 7. §. 1. cit.] spricht von einem Zusammenwerfen verschiedener Größen, nicht von einer Vermengung von Quoten verschiedener Gegenstände". In der That sind aber nur scheinbar, und nur den Worten, nicht der Sache nach, verschiedene Gegenstände hier vorhanden. Die Aufgabe war die, für 4 Monate, also für $\frac{1}{3}$ Jahr, den dem Ehemann gebührenden Fruchtantheil zu bestimmen, also im Verhältniß zum ganzen Jahresertrag eine **tertia portio**. Zu dieser **tertia portio** gehörte unzweifelhaft die **quarta portio mercedis**, welche den Fruchtertrag für drei Monate, also für $\frac{1}{4}$ Jahr repräsentirt, so daß also diese **quarta portio mercedis** in der That nichts anderes ist, also eine **quarta portio fructuum**

novissimi anni, und der einfache Gedanke Papinian's demnach folgender ist: „dem Ehemann gebührt $\frac{1}{3}$ des ganzen jährlichen Fruchtbetrags, weil die Ehe $\frac{1}{3}$ Jahr gedauert hat. Zu diesem $\frac{1}{3}$ gehört aber vor allen Dingen der Theil des Pachtgelds, welcher auf die 3 letzten Ehemonate fällt, also $\frac{1}{4}$ des ganzen Pachtgelds, und damit hat dann der Ehemann den Fruchtbetrag von 3 Monaten, also $\frac{1}{4}$ des gesammten jährlichen Fruchtbetrags in den Händen, und was ihm jetzt noch an dem ihm gebührenden $\frac{1}{3}$ fehlt, also $\frac{1}{12}$ muß er aus dem Erlöß der Weinlese entnehmen. M. a. W. das dem Ehemanne gebührende Drittheil (Fruchtbetrag von 4 Monaten) wird gebildet aus einem Viertheil des Pachtgelds (Ertrag für 3 Monate) und einem Zwölftheil der Weinlese (Ertrag für 1 Monat)". — So muß ich mich denn nach wiederholtem sorgfältigstem Durchdenken der ganzen Lehre noch fortwährend zu derselben Ansicht bekennen, die ich schon in der ersten Auflage dieses Lehrbuchs vertheidigt habe, daß nämlich die Theorie von Duaren die einzige ist, die in gleicher Weise mit der Natur der Sache und den Worten des Gesetzes in vollem Einklang steht, und die daher unbedingt vor allen übrigen den Vorzug verdient. Daß man dieser Theorie sogar ihre Natürlichkelt und mathematische Konsequenz zum Vorwurf machen konnte, wie dies wirklich von Puchta a. a. O. geschehen ist („die Meinung des Duaren empfiehlt sich dem oberflächlichen Verstand und einem dürftigen Rechnungssinn am meisten, daher hat sie auch vielen [?] Beifall gefunden"), war mir freilich unerwartet; ich kann mich aber über einen solchen Tadel um so leichter trösten, da ungeachtet desselben, seitdem ich diese Theorie aus ihrer früheren Unbeachtetheit hervorgezogen, dieselbe schon mehrerr tüchtige Anhänger gefunden hat, vgl. Rudorff, Grundriß §. 373. Anm. S. 342, Böcking, Grundr. der Pand. III. §. 14. (5. Aufl. 1861. S. 243 fg.), Holzschuher, Theorie und Kasuistik. Bd. I. S. 542, Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 133. Note 73, *Arnold* in der oben angef. comm. ad l. 7. §. 1. cit. Der älteste uns bekannte Vertheidiger dieser Ansicht ist aber Cyrillus, dessen Darstellung in dem Schol. ad Basil. XXVIII. 8. fr. 7. §. 1. (bei Fabr. IV. p. 373. schol. p., bei Heimb. III. p. 243) doch gewiß keine andere Deutung zuläßt. Er sagt nämlich: „Mense Octobri uxor fundum mihi dedit: percepi ex vindemia XVIII. nummos; locavi eum mense Novembri LX. nummis; solutum est matrimonium circa finem mensis Januarii. *Non accipio fructus vindemiae et trium mensium, sed cum eis quatuor mensium,* (οὐ λαμβάνω τὰ τοῦ τρυχητοῦ καὶ γ. μηνῶν, ἀλλὰ σὺν αὐτοῖς δ. μηνῶν)." — Eine neue Erörterung der hier behandelten Frage hat Brinckmann im zivil. Arch. XXXVI. S. 451 fgg. zu geben angefangen, und zwar verspricht er die Schwierigkeiten der l. 7. §. 1. cit. durch eine Konjektural-Kritik zu heben; eine Fortsetzung seines Aufsatzes ist aber bisher nicht erschienen.

Anm. 8. Ueber den Anspruch des Ehemanns auf Ersatz der Verwendungen (vgl. T. 11—14) s. *Donell.* comm. XIV. c. 8. §. 4 sqq., *Majansii* disputt. tom. I. disp. 28; Valett, theor. prakt. Abhandl. Th. I. Nro. 1, Dernburg, Kompensat. S. 107 fgg. Vgl. auch *Pellat* cit. ad l. 56. §. 3. de jure dot. p. 265 sqq., *Mayer,* Dig. de jure dot. l. 56. §. 3. interpretatio. Tub. 1859.

5) Von einzelnen Arten der Dos im Besonderen. §. 221.

Anm. Hier ist namentlich vom usufructus dotis causa datus, worüber Glück XXV. §. 1230, Schweppe, Handbuch IV. §. 691, Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 133. Not. 77 fgg., Elvers, Servit. S. 244 fgg. zu vergleichen sind, und von der dos aestimata zu reden, vgl. auch Göschen, Grundr. S. 342 fgg., Vorles. I. §. 697, Bd. III. S. 72 fgg.

B. Von der donatio propter nuptias. §. 222.

Cod. V. 3. de donationibus ante nuptias vel propter nuptias, et sponsalitiis. Glück XXV. §. 1242 und die dort in Note 54 Angeff., Burchardi im ziv. Arch. IX. S. 197 fgg., Warnkönig ebendas. XIII. S. 1 fgg., v. Löhr ebendas. XV. S. 431 fgg., XVI. S. 1 fgg., XXX. S. 323 fgg., Francke ebendas. XXVI. S. 63 fgg.; vgl. auch Zimmern, Rg. I. §. 163, Unterholzner, Schuldverh. II. S. 482 fgg.

Anm. Ueber das eigentliche Grundwesen der donatio p. n. sind noch bis auf den heutigen Tag unsere Rechtslehrer sehr verschiedener Meinung, und zwar sind hier folgende Ansichten nennenswerth:

1) Die vor noch nicht sehr langer Zeit fast allgemein angenommene Meinung ging dahin, daß der Hauptzweck der d. p. n. Sicherstellung der Frau sei, wobei man freilich im Einzelnen sehr divergirte, indem man bald die Rückgabe der Dos, bald den Unterhalt der Frau, namentlich im Fall der Insolvenz des Mannes, dadurch als gesichert annahm, bald auch die d. p. n. als Mittel betrachtete, die Frau gegen leichtsinnige Scheidung oder grobe Verletzung des ehelichen Verhältnisses von Seiten des Mannes zu schützen, vgl. die bei Burchardi cit. Note 13 Angeff. und siehe auch Francke in der angef. Abh. — 2) Burchardi in der angef. Abh. vertheidigte dagegen nach dem Vorgang einiger Wenigen die Ansicht, daß die Grundidee der d. p. n. die gewesen sei, eine Wittwenversorgung für den Fall zu bilden, daß die Frau Kinder habe; denn in diesem Falle erhalte sie gesetzlich den Nießbrauch der d. p. n. Mit diesem Hauptzwecke seien nachher anderweite Nebenzwecke verbunden worden, wie namentlich Sicherstellung der Frau in den vorher bemerkten Weisen. — 3) Ganz anders faßt dagegen wieder Warnkönig a. a. O. das Wesen jenes Instituts auf; seiner Ansicht nach hat nämlich die wahre d. p. n. nur dann rechtliche Bedeutung, wenn dem Ehemanne durch besonderen Vertrag der Erwerb der Dos auf den Todesfall der Frau ganz oder theilweise zugesichert war, und ihr Hauptzweck soll darin bestanden haben, der Frau für den Todesfall des Mannes ein Aequivalent zu versichern, damit keiner der Ehegatten durch den andern übervortheilt werde. — 4) Die richtigste und den Quellen allein entsprechende Meinung hat dagegen v. Löhr in den zit. Abhandlungen vertheidigt, vgl. auch Unterholzner

a. a. O., Sintenis, prakt. Zivilrecht III. §. 132. N. 3. u. A. m. Hiernach ist nämlich d. p. n. ein allmählig aus der arrha oder sponsalitia largitas hervorgegangener Vermögenstheil, welcher von Seiten des Mannes in die Ehe kommt, um die ehelichen Lasten tragen zu helfen, woher es denn auch kommt, daß durch kaiserliche Verordnungen fast alle Grundsätze der dos, so weit dies nur immerhin anging, auch auf die donatio p. n. angewendet wurden; über das Einzelne vgl. bes. Löhr cit. XVI. S. 1 fgg. — Uebrigens erklären fast alle Schriftsteller, daß das ganze Institut in Deutschland nicht in Gebrauch gekommen sei; vgl. bes. Sintenis a. a. O.

C. Von den Paraphernen. §. 223.

Ulp. l. 9. §. 3. de jure dot.: Ceterum, si res dentur in ea, quae Graeci *παράφερνα* dicunt, quaeque Galli peculium appellant, videamus, an statim efficiuntur mariti? Et putem, si sic dentur, ut fiant, effici mariti, et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condici, nec dotis actione peti, ut D. Marcus imperator noster cum patre rescripserunt. Plane si rerum libellus marito detur, ut Romae vulgo fieri videmus; nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti, neque in dotem dat, in libellum solet conferre, eumque libellum marito offerre, ut si subscribat, quasi res acceperit, et velut chirographum ejus uxor retinet, res, quae libello continentur, in domum ejus se intulisse; hae igitur res an mariti fiant, videamus. Et non puto, non, quod non ei traduntur — quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus, an ei tradantur? — sed quia non puto, hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur, sed magis ut certum sit in domum ejus illata, ne, si quandoque separatio fiat, negetur: et plerumque custodiam earum maritus repromittit, nisi mulieri commissae sint. Videbimus harum nomine, si non reddantur, utrum rerum amotarum an depositi an mandati mulier agere possit? Et si custodia marito committitur, depositi, vel mandati agi poterit; si minus, agetur rerum amotarum, si animo amoventis maritus eas retineat, aut ad exhibendum, si non amovere eas commissus est.

D. Von den pacta dotalia. §. 224.

Dig. XXIII. 4. de pactis dotalibus: Cod. V. 14. de pactis conventis tam super dote, quam super donatione ante nuptias

et paraphernis. Vgl. Glück XXV. §. 244 fgg., Tigerström, Dotalrecht II. §. 77 fgg., Francke im zivil. Archiv XVII. S. 465 fgg.

E. Von den Schenkungen unter Ehegatten. §. 225.

Dig. XXIV. 1. Cod. V. 16. de donationibus inter virum et uxorem. — *Ulp.* tit. VII.; *Paul.* II. 23. — Glück XXV. XXVI. §. 1253 fgg., Savigny, Syst. IV. S. 165 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. IX. S. 679 fgg. Vgl. v. Löhr im Archiv XVI. S. 233 fgg., Francke das. XVIII. S. 1 fgg., Zimmern, Rg. I. §. 164, Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 135.

1) *Ulp.* l. 1, l. 3. pr. h. t.: Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. l. 3. Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est, nam ita ait: Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.

2) *Neratius* l. 44. eod.: Si extraneus rem viri ignorans ejus esse, ignoranti uxori ac ne viro quidem sciente eam suam esse, donaverit, mulier recte eam usucapiet, idemque juris erit, si is, qui in potestate viri erat, credens se patremfamilias esse, uxori patris donaverit. Sed si vir rescierit suam rem esse priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit, nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factae donationis. Ipsius mulieris scientia propius est, ut nullum adquisitioni dominii ejus afferrat impedimentum, non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factae acquirere prohibitae sunt. (Ueber die hier beobachtete Interpunktion und über die richtige Auslegung dieser Stelle vgl. Savigny in der Zeitschr. für gesch. Rechtswissenschaft I. 10, verm. Schriften III. S. 81 fgg., Syst. IV. S. 570 fgg.; gewöhnlich werden die Worte ipsius mulieris scientia noch zu dem vorhergehenden Satz gezogen und mit propius est eine neue Periode begonnen).

3) *Ulp.* l. 5. §. 8. eod.: — — definiri solet, eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem, et accipientem facit locupletiorem.

4) *Terent. Clem.* l. 25. eod.: Sed et si constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est, confestim ad usucapionem ejus uxorem admitti, quia etsi non mortis causa donaverat ei, non impediretur usucapio; nam jus constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier, et pauperior maritus in suis rebus fit. Itaque licet mortis causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intelligenda est, in ea re, quae, quia aliena est, usucapi potest. Vgl. Löhr im zivil. Archiv XVI. S. 248 fgg., Puchta im Rhein. Mus. VI. S. 370. Note.

Anm. 1. Die richtige Erklärung der hier hauptsächlich einschlagenden l. 26. h. t. und l. 1. §. 9. 10. de vi s. m. §. 199. Anm. S. 352 fgg. und über l. 45. de usur., und namentlich die bestrittenen Worte: sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris, vgl. §. 326. Anm. 2.

Anm. 2. Ob auch ein bloses Schenkversprechen durch den Tod des schenkenden Ehegatten konvaleszire, ist ausnehmend bestritten, Glück XXVI. S. 104 fgg. und namentlich sind auch in neuester Zeit mehrere Abhandlungen in ganz entgegengesetztem Sinne erschienen. Während nämlich Wächter im ziv. Arch. XVI. S. 107 fgg. jene Frage mit den meisten Früheren, vgl. namentlich Glück cit. und Zimmern Rg. I. S. 602 fgg., verneint, wird dieselbe geradezu bejaht von Löhr im ziv. Arch. XVI. S. 233 fgg., Puchta im Rhein. Mus. VI. S. 372 fgg. (kl. Schriften S. 332 fgg.), Savigny S. 183 fgg., Heimbach S. 695 fgg. u. A. m. Bei genauerer Betrachtung möchte sich wohl die erste Meinung, der auch z. B. Francke im ziv. Arch. XVIII. S. 7. Not. 20. und Schmidt, Methode der Auslegung S. 109 fgg. beistimmen, als die richtige herausstellen. Was nämlich:

1) das Pandekten-Recht anbelangt, so sprechen gewiß schon die Worte des SK., durch welches die Konvaleszenz der Schenkungen unter Ehegatten eingeführt wurde, für die richtige Ansicht, l. 32. §. 2. h. t.: Ait Oratio: *fas esse, eum qui donavit poenitere; heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus, qui donaverit, durum et avarum esse.* Hier ist also nur von einem *eripere*, also doch gewiß von einem Fall die Rede, wo die Schenkung schon realisirt war, vgl. auch Vat. fr. §. 294. gegen Ende verb.: *auferri* non oportere, und die Worte der oratio in l. 32. §. 14. h. t.: qui *donatum accepit.* Mochten nun auch vielleicht einige römische Juristen eine weitere Ausdehnung des SK. zulassen, und dasselbe auch auf blos versprochene Schenkungen beziehen, so erklärten sich doch gewiß die Meisten dagegen, und namentlich sagt Ulpian in l. 23. h. t. mit klaren Worten: Papinian habe mit Recht angenommen, die oratio des Severus habe sich auf dergleichen Schenkversprechungen nicht bezogen, (l. 23. cit.: Papinianus *recte* putabat,

Orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere; denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit). Wenn Löhr cit. das *recte* nach dem Vorgang von *Faber* conj. II. 8. ausstreichen will, so daß Papinian's Meinung blos referirt, nicht gebilligt worden sei, so ist dies offenbar willkürlich, und eben so wenig läßt sich wohl die Idee von Duaren rechtfertigen, der doch manche Spätere, Glück XXVI. S. 97. N. 35. und jetzt auch Puchta cit. beistimmen, die Oratio Severi in l. 23. cit. sei eine ganz andere, als die Oratio Antonini in l. 32. h. t.; durch die erstere sei Konvaleszenz der Schenkungen allerdings nur für den Fall, daß die geschenkte Sache wirklich übergeben sei, eingeführt worden, durch die zweite sei dies aber auf alle Schenkungen, und namentlich auf Schenkversprechungen ausgedehnt worden. Da Karakalla noch bei Lebzeiten seines Vaters Severus, und nur als Mitrgent desselben die Oratio hielt, l. 32. pr. h. t., so erklärt sich daraus von selbst, wie jene Oratio bald beiden Kaisern zusammen (Vat. fr. §. 294: maximi Principes nostri suaserunt; l. 3. C. h. t.: ex mea et ex D. patris mei constitutione), bald dem Severus allein (Vat. fr. §. 276, l. 23. cit., l. 10. C. h. t.), bald dem Antonin allein (l. 32. h. t.) zugeschrieben werden konnte. Daß aber wirklich keine zwei Senatsbeschlüsse hierüber erlassen wurden, geht auch aus dem Eingang der l. 32. cit. mit Sicherheit hervor, so wie man auch in der That nicht einsehen kann, aus welchem Grunde die l. 23. cit. auf eine jeden Falls höchst verwirrende Weise in die Pandekten aufgenommen wäre, wenn sie sich blos auf einen völlig antiquirten Senatsbeschluß bezöge; denn rein historische Fragmente darf man ohne die höchste Noth gewiß nicht annehmen. Noch unhaltbarer ist die Idee von Schütze in Bekkers Jahrb. III. S. 442 fgg., welcher die Worte: denique etc. nur von dem Falle verstehen will, wenn sich der Ehemann animo donandi seiner Frau gegenüber als Sponsor verpflichtet habe, so daß Papinian nur habe sagen wollen, in solchem Falle könne, obwohl die Schenkung nach der Oratio konvaleszіren müsse, der Erbe des Ehemanns dennoch nicht belangt werden, weil ja bekanntlich (Gai. III. 120) die Verpflichtung aus der Sponsio nicht auf die Erben übergehe! Und da nun auch die Auslegung Savigny's S. 190 fgg., wornach Ulpian in l. 23. cit. nur die eine Meinung Papinian's (daß sich die Oratio auf die rerum donatio beziehe) gebilligt („*recte* putabat"), dagegen die weiter gehende Meinung desselben (daß Schenkversprechungen nicht darunter fielen), nur referirt habe („putabat"), gewiß unhaltbar ist, indem die erste Behauptung Papinians augenscheinlich nur den Sinn hatte, daß die Oratio sich auf rerum donationes beschränke, und wer also diese Behauptung billigte, nothwendig auch die von Papinian daraus gezogene Folgerung billigen mußte, so kann man in Gemäßheit der l. 23. cit. gewiß nur zu dem einfachen Resultate gelangen, daß nach der von Ulpian ausdrücklich und bestimmt gebilligten Meinung Papinian's das SC. de confirmandis donationibus i. v. et u. sich nicht auf blose Schenkversprechungen bezogen habe, und dieses muß also auch als die in Justinian's Legislation angenommene Meinuug angesehen werden. Daß aber diese Ansicht adoptirt wurde, hatte auch noch den guten innern Grund für sich, daß die Annahme einer stillschweigenden letztwilligen Ratihabition zwar

sehr natürlich und erklärlich ist, wenn eine Schenkung bereits effektuirt war, und der Schenker verstorben ist, ohne sie zurückzunehmen, daß aber eine solche Annahme für den andren Fall, wenn etwas nur versprochen ist, und der Promittent verstorben ist, ohne sein Versprechen erfüllt zu haben, auf Natürlichkeit sicherlich keinen Anspruch machen kann. — Gegen die hier vertheidigte Ansicht führt man aber vorzüglich a) den Ausspruch Ulpian's in l. 32. §. 1. an: **oratio imperatoris nostri non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed *ad omnes donationes inter virum et uxorem factas*, ut et ipso jure res fiant ejus cui donatae sunt, et *obligatio sit civilis***, denn nicht nur, daß Ulpian hier sage, das SC. bezöge sich auf alle Schenkungen, was er dann noch einmal in §. 23. wiederhole, sondern in den Worten **et obligatio sit civilis** sei ja auch ausdrücklich ausgesprochen, daß die durch **promissio** begründete Forderung klagbar werden solle. Daß sich die Stelle ungezwungen so auslegen läßt, ist unzweifelhaft, aber eben so nah liegt eine andere Interpretation, nämlich an eine schenkweise übertragene Forderung, die der Ehemann an einen Dritten hatte, zu denken, und zu dieser Auslegung werden wir durch l. 23. cit. gezwungen. Daß die Bemerkung Ulpian's, das SK. bezöge sich auf alle Schenkungen, nichts entscheiden könne, wird von den besseren Vertheidigern der gegnerischen Meinung selbst zugegeben, und man braucht in dieser Beziehung nur an den bekannten, aus dem früheren Rechte der Schenkungen auch leicht erklärlichen Sprachgebrauch der römischen Juristen zu erinnern, wornach der Ausdruck **donatio** vorzugsweise von alsbald effektuirten Schenkungen, namentlich von der **rerum donatio** gebraucht wird, vgl. z. B. die Nachweisungen bei Böcking Institt. I. S. 436 fgg. Eine nicht wohl verkennbare Hinweisung darauf, daß Ulpian wirklich nur an solche, bereits effektuirte Schenkungen gedacht hat, gibt gerade auch der von den Gegnern für sich angeführte §. 23. der l. 32. cit., dessen Anfang so lautet: „**Sive autem res fuit, quae donata est, sive obligatio remissa, potest dici, donationem effectum habituram**", denn hier ist nur von der **rerum donatio** und von der durch Schulderlaß bewirkten Schenkung die Rede, in welchem letztren Falle ja auch eine alsbaldige Effektuirung der Schenkung begründet ist; wenn auch blose Schenkversprechungen unter die Oratio fielen, so würde hier Ulpian gewiß nicht blos von einer **obligatio *remissa*** geredet haben. b) Mit nicht größerem Recht beruft man sich auf **l. 2. C. de dote cauta (5, 15)**, denn dieselbe handelt durchaus nicht von blosen Schenkversprechen; indem jeden Falls darin, daß der Ehemann die Sachen zu Dotalsachen machte, eine Realisirung des Versprechens enthalten ist. c) Ferner zieht man noch vorzüglich die Entscheidung Ulpian's in **l. 33. pr. §. 2.** hierher: **Si stipulata fuerit mulier annuum, id ex stipulatu petere constante matrimonio non potest. Sed si manente matrimonio decessisse maritus proponatur, puto, quia in annuo quoque donatio vertitur, posse dici, stipulationem confirmari ex SCto. — §. 2. Et si forte maritus ab uxore stipulatus sit id annuum decesseritque mulier constante matrimonio, dicendum erit, ex oratione donationem convalescere.** Liest man im **princ.** mit guten Mss. und vielen Ausgaben, ***donationem* confirmari**, so ist hier blos anerkannt, daß die bereits empfangenen Jahrgelder

durch den Tod des Schenkers unwiderruflich erworben seien. Liest man aber, was allerdings vorzuziehen ist, mit der Florent. *stipulationem* conf., so ist freilich ausgesprochen, daß die Erben wegen des Versprechens des Ehemanns das Jahrgeld fortzahlen müssen, aber man kann dann hierin nur in Betreff der Jahrgelder eine Ausnahme von dem klar ausgesprochenen Prinzip der l. 23. finden, eine Ausnahme, die sich auch leicht erklärt, wenn man die Rente als ein Ganzes betrachtet, und nicht die einzelnen Terminzahlungen als eben so viele einzelne Forderungen ansieht, l. 35. §. 7. de mort. causa donat. (39, 6). Hier kann man nämlich sehr wohl sagen, daß die Frau, die schon von dem Manne solche Präſtationen empfangen hat, sich im Besitz dieser Rente befinde, und daß ihr also wirklich etwas entrissen würde, wenn die Erben des Mannes die Zahlungen einstellen wollten, so wie denn auch in diesem Falle, wenn der schenkende Ehegatte die versprochenen Jahrgelder bis zu seinem Tode wirklich ausgezahlt hat, die Annahme einer Ratihabition sich sehr natürlich aufdringt. In keinem Falle ist es daher statthaft, aus der gewiß sehr sachgemäßen Entscheidung dieses eigenthümlichen Falls eine allgemeine Regel für alle Schenkversprechungen ableiten zu wollen. d) Endlich beruft man sich für die gegnerische Meinung auch noch besonders darauf, daß in Folge der Oratio Antonini die römischen Juristen bei der Schenkung unter Ehegatten die Fiktion einer *mortis causa donatio* angenommen hätten, l. 32. §. 7. 8. h. t., Vat. fr. §. 294. (verb.: *fini decimarum*, vgl. Savigny S. 182. Not. f.), und da nun die letztere bekanntlich durch stipulatio so gut, wie durch traditio habe bewerkstelligt werden können, so habe es die Konsequenz verlangt, auch eine durch stipulatio abgeschlossene Schenkung unter Ehegatten durch den Tod konvalesziren zu lassen, vgl. bes. Savigny S. 188. Diese Argumentation beruht aber auf einer offenbaren petitio principii, denn da jene Fiktion eben nur die Folge der Oratio Antonini ist, so kann sie natürlich auch nur auf diejenigen Schenkungen bezogen werden, die in Folge dieser Oratio konvalesziren, und es ist daher durchaus unstatthaft, aus dem Umfang der mortis causa donatio Schlüsse auf den Umfang der Oratio machen zu wollen.

2) Wenn man aber auch zugiebt, daß nach Pandektenrecht eine Konvaleszenz des Schenkversprechens nicht Statt finde, so meinen doch Viele, es müsse dies wenigstens nach dem neuesten Justinianischen Rechte angenommen werden. Die Bestimmung des SK. beruhe nämlich darauf, daß zu seiner Zeit ein Schenkversprechen überhaupt nach der lex Cincia nicht giltig, sondern darnach immer völlige Realisirung der Schenkung erforderlich gewesen wäre. Dies sei nun aber durch die l. 35. C. de donat. geändert worden, wornach schon ein bloses pactum vollkommen wirksam sei, und damit müsse denn auch von selbst jene frühere Beschränkung der oratio Septimii hinwegfallen. Daß dieser Schluß richtig sei, werde auch noch durch Nov. 162. bewiesen, wo Justinian selbst ganz denselben Schluß mache, und insofern sei diese Novelle, wenn gleich nicht glossirt, doch immer für die richtige Meinung sehr bedeutend. — Diese ganze Deduktion beruht aber auf einem historischen Irrthum, der durch die Vatikanischen Fragmente vollständig aufgedeckt wird. Aus diesem nämlich erfahren wir, daß die Beschränkungen, welche die lex Cincia machte, durch den Tod des Schenkers hin=

wegfielen, und also auch ein bloses Schenkversprechen nach dem Tode des Schenkers klagbar wurde, Vat. fr. §. 259. 266. 272. a. E. 294. med. 312. Außerdem aber bezogen sich die ganzen Beschränkungen der lex Cincia überhaupt nicht auf die Schenkungen unter Ehegatten, indem diese zu den personae exceptae gehörten, Vat. fr. §. 302. Aus diesem doppelten Grunde geht nun von selbst hervor, daß die lex Cincia der Konvalescenz des Schenkversprechens unter Ehegatten nicht entgegenstehen konnte, sondern daß das SK. unabhängig davon diese Beschränkung festsetzte, und darum kann denn auch die spätere Aufhebung der lex Cincia, und namentlich auch die l. 35. cit. hieran nichts geändert haben. Die Nov. 162. c. 1. ist jeden Falls unbedeutend, denn wenn auch wirklich Justinian hier nur einen blosen Schluß aus seiner früheren Verordnung gemacht hätte, so wären wir, da dieser Schluß irrig ist, doch nur unter der Voraussetzung daran gebunden, wenn die Novelle Gesetzeskraft hätte, die ihr aber wegen der mangelnden Glosse ganz abgeht. In der That aber ist es gar nicht ein bloser Schluß, sondern ein neues Gesetz, welches Justinian hier giebt, wozu er blos durch seine früheren Bestimmungen veranlaßt wurde, und welches eben, weil die Novelle nicht glossirt ist, für uns ohne alle Giltigkeit ist, vgl. bes. Wächter cit.

F. Von den Entwendungen unter Ehegatten. §. 226.

Dig. XXV. 2. de actione rerum amotarum. Glück XXVII. §. 1274 fgg., Tigerström II. S. 277 fgg.

1) *Paul.* l. 1. h. t.: Rerum amotarum judicium singulare introductum est adversus eam, quae uxor fuit, quia non placuit, cum ea furti agere posse, quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret, aliis, ut Sabino et Proculo, furtum quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto jure: in qua sententia et Julianus rectissime est; (*Gai.* l. 2. eod.): nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur.

2) *Paul.* l. 6. §. 4. h. t.: Item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut condictionis nomine ex causa furtiva.

3) *Dioclet.* et *Maxim.* l. ult. C. h. t.: De rebus, quas divortii causa quondam uxorem tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores ejus non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, quod si res extent, dominii vindicatione uti non prohiberis. (Vgl. Glück XXVIII. S. 14 fgg., Francke, Beiträge I. S. 38 fgg.)

G. Von den Strafen der zweiten Ehe und insbesondere des Trauerjahres. §. 227.

Cod. V. 9. de secundis nuptiis; V. 10. si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfructum reliquit; Nov. 22. c. 22—48. — Cf. tit. Cod. Theod. de secund. nupt. (3, 8) und si secund. mulier nups. (3, 9). Nov. Theod. 5 und 7. (ap. Hug. tit. 11. 14. tom. II. pag. 1243. 1246). — Glück XXIV. S. 98 fgg., Marezoll in Gießer Zeitschr. V. S. 363 fgg., v. Löhr im ziv. Arch. XVI. S. 31 fgg., Geiger in Gießer Zeitschr. XIX. S. 198 fgg., *Glaize*, des seconds et subsequentes mariages. Toul. 1859. Vgl. auch Puchta, Lehrbuch §. 428 und 429, Rudorff, Grundriß §. 378 und 379. in den Anmerkk. S. 343 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 137.

Anm. 1. Die zweite Ehe, die durch die **lex Julia et Pap. Poppaea** sogar insofern geboten war, als die Strafen des Zölibats auch die verwittweten Personen trafen, wurde besonders seit der Zeit der christlichen Kaiser mit mehrfachen Nachtheilen belegt (s. g. **poenae secundarum nuptiarum**), die zum Theil gemeinschaftliche für jeden **conjux binubus** sind, zum Theil aber auch nur die sich wieder verheirathende Frau treffen.

I. Gemeinschaftliche Nachtheile sind folgende:

a) Der **conjux binubus** verliert das Eigenthum der **lucra nuptialia** an die Kinder aus erster Ehe und behält blos den Nießbrauch. 1) Unter **lucra nuptialia** sind aber nicht gerade blos Sachen zu verstehen, die der überlebende Ehegatte durch einen Akt der Liberalität von dem andern erhielt, sondern namentlich gehörte dahin auch die Dos, welche der Mann, und die **donatio propter nuptias**, welche die Frau aus irgend einem Grunde lukrirte, vgl. Nov. 22. c. 30., was aber freilich wegfallen mußte, seit Justinian in Nov. 98. verfügte, daß den Kindern ganz ohne Rücksicht auf eine zweite Ehe die Proprietät der Dos und resp. der Donatio propter nuptias zufallen solle. Da aber diese letzte Vorschrift später durch Nov. 127. c. 3. dahin geändert wurde, daß dem überlebenden Ehegatten wenigstens eine Virilportion an der Dos oder der Donatio propter nuptias zufallen sollte, so erstreckt sich allerdings unsere **poena sec. nupt.** auf diese Virilportion, und außerdem auf Alles, was durch eine Freigebigkeit, sei es unter Lebenden oder von Todes wegen, auf den überlebenden Ehegatten gekommen ist, vgl. Marezoll in Gießer Zeitschr. III. S. 91 fgg. Ob auch die **portio statutaria** dieser Strafe unterworfen sei, muß zunächst nach Partikularrecht beurtheilt werden; im Zweifel muß es aber allerdings behauptet werden, obwohl die Meisten anderer Meinung sind, Glück, Intestaterbf. §. 154. Komm. XXIV. S. 160. und die da Angeff.; vgl. aber Marezoll cit. S. 95 fgg. — 2) Die von dem **conjux binubus** abgehende Proprietät fällt an sämmtliche nicht undankbare (Nov. 22. c. 21. §. 1) Deszendenten aus früherer Ehe nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge und ohne Rücksicht darauf, ob sie

Erben ihrer Eltern geworden sind oder nicht, Nov. 22. c. 22—26., an die Enkel jedoch nur dann, wenn diese wenigstens Erben ihres Vaters oder ihrer Mutter geworden sind, Nov. 22. c. 21. — 3) Für die *mater* binuba tritt noch nach einer von Justinian modifizirten Verordnung Leo's die Besonderheit ein, daß, wenn die lucra nuptialia in Mobilien bestehen, die Frau den Besitz derselben nur dann verlangen kann, wenn sie sich in dem Nachlaß des Mannes wirklich vorfinden, und sie dann gehörige Sicherheit wegen Restitution dieser Sachen oder ihres Werthes leistet; abgesehen hiervon muß sie sich immer mit den Zinsen zu 4 p. C. begnügen, l. 6. §. 1. C. h. t., Nov. 2. c. 4, Nov. 22. c. 45. — 4) Die Veräußerung der lucra nuptialia ist ungiltig, selbst wenn sie vor Eingehung der zweiten Ehe geschah, so daß also hier ein Fall des dominum revocabile (s. unten §. 301) eintritt; doch können die Kinder aus erster Ehe nur erst nach dem Tode des conjux binubus vindiziren, und sind also alle ohne Hinterlassung von Deszendenten verstorben, so bleibt die ganze Veräußerung giltig, während sie ganz ungiltig ist, wenn alle Kinder den parens überleben. Sind nur Einige oder Eins der Kinder vorher gestorben, und sie haben Deszendenten hinterlassen, so treten diese an die Stelle des parens, und die Veräußerung bleibt ganz ungiltig; sind aber keine Deszendenten des verstorbenen Kindes da, dann fällt ein so großer quoter Theil an den parens binubus, als ihm in den Ehepakten auf den Fall der kinderlosen Ehe ausgesetzt war, und für diesen Theil bleibt die Veräußerung bestehen, während dieselbe für den Theil, welcher auf die anderweiten Erben kommt, ungiltig ist, Nov. 22. c. 26, wodurch Nov. 2. c. 2. abgeändert wurde. — 5) Ist dem parens binubus überhaupt keine Proprietät, sondern nur der Nießbrauch von Sachen hinterlassen worden, so erleidet er durch die zweite Ehe keinen Nachtheil, Nov. 22. c. 32, während dies früher allerdings anders gehalten wurde, l. un. C. si secundo nupserit mulier (5, 10). — 6) Zu einiger Ausgleichung haben die Kinder aus der zweiten Ehe einen ausschließlichen Anspruch auf die dos oder donatio p. n., welche der conjux binubus aus der zweiten Ehe erhält, mag derselbe eine dritte abschließen, oder nicht, Nov. 22. c. 29. — 7) Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die lucra nuptialia auch ohne Rücksicht auf eine zweite Ehe bei dem Tode des parens an die Kinder fallen, sofern sie nur nicht konsumirt oder veräußert sind, ohne Rücksicht darauf, ob dieselben den parens beerbt haben oder nicht, l. 5. §. 2. l. 6. §. 3. C. h. t. — (Ueber den geschichtlichen Gang dieser Lehre vgl. Zimmern, Rg. §. 178. und besonders Löhr a. a. O. S. 34 fgg.)

b) Leo und Anthemius verfügten in l. 6. C. h. t., daß Niemand, welcher eine zweite oder weitere Ehe eingehe, seinem Ehegatten, weder unter Lebenden noch von Todes wegen mehr zuwenden dürfe, als er einem der Deszendenten aus früherer Ehe, einerlei ob Sohn oder Enkel, hinterlassen habe; sei hiergegen gefehlt, so solle das Mehr unter die Kinder der früheren Ehe vertheilt werden. Dies änderte Justinian in l. 9. C. eod. dahin, daß auch die Kinder der letzten Ehe mittheilen sollten, was jedoch in Nov. 22. c. 27. wieder aufgehoben wurde. — Streitig ist jedoch hierbei, ob das mehr Hinterlassene unter die Kinder allein, oder unter die Kinder und den zweiten Ehegatten vertheilt werde? Die letztere Vertheilungsart, welche offenbar die konsequentere ist, ist

ausführlich von *Becher*, vindiciae interpretat. genuinae leg. 6. de sec. nupt. Francof. 1797. §. 12 sqq. vertheidigt worden, aber gewiß mit Unrecht. Was besonders den Hauptgrund Becher's anbelangt, daß in den Worten der Nov. 22. cit.: hoc autem, quod plus est, divident ad invicem grati filii parentibus, geradezu gesagt sei, die Kinder sollten mit den Aelteren zusammen theilen, so ist dagegen zu bemerken, daß die Grammatik verbietet, parentibus zu divident zu ziehen, wogegen insbesondere noch spricht, daß parentes (Erzeuger) nicht wohl von Stiefältern gebraucht werden kann, und daß dann die Mehrzahl parentes (Vater und Mutter) offenbar am unrechten Platz wäre, da nur von Stiefvater oder Stiefmutter die Rede sein könnte. Es hängt vielmehr parentibus von grati ab, wie auch durch die gleichfolgenden Worte: non ingrati *circa hos* approbati bewiesen, und durch den griechischen Text außer allen Zweifel gestellt wird: τοιοῦτο δὲ τὸ περιττὸν διαιρήσονται πρὸς ἀλλήλους οἱ κεχαρισμένοι παῖδες τοῖς γονεῦσιν (Homb.: id vero, quod redundat, liberi, qui erga parentes se gratos praebuerunt, inter se divident). — Zu bemerken ist aber auch noch, daß der Theil des zweiten Ehegatten von der Portion des Kindes unabhängig ist, welches die Enterbung verdient hat, l. 10. C. h. t., Nov. 22. c. 27, und daß überhaupt der Augenblick des Todes des conjux binubus entscheidet, Nov. cit. c. 28. Die Vertheilung unter die Kinder der früheren Ehe geschieht übrigens nicht nach Maaßgabe ihrer Erbportion, sondern nach gleichen Theilen, Nov. cit. c. 27.

c) Mit der eben behandelten poena secundarum nupt. hängt auf's Genaueste die von Justinian in Nov. 22. c. 31. wiederholte Verordnung Justin's zusammen, daß der conjux binubus in zweiter Ehe die Dos und resp. die donatio propter nupt. zwar wohl vermehren aber nicht vermindern dürfe, l. 19. C. de donat. ante nupt. (5, 31), vgl. v. Löhr im Magaz. III. S. 317 fgg., und im civ. Arch. XVI. S. 48.

d) Der conjux binubus (nicht blos der Vater, wie Viele wegen Nov. 22. c. 41. wollen, vgl. l. 6. §. 1. C. ad SC. Trebell. (6, 49) und Marezoll in Gießer Zeitschr. V. S. 372 fgg.) verliert die ihm sonst zustehende Befreiung von der cautio legatorum servandorum gratia. Daß dies nur dann der Fall sei, wenn ein Aszendent einen Deszendenten ersten Grades zum Erben ernannt, und ihm aufgelegt hat, ein Universalfideikommiß unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung an einen seiner Deszendenten auszuzahlen, wie dies Marezoll a. a. O. wegen l. 6. C. cit. behauptet, läßt sich doch wohl schwerlich rechtfertigen, vgl. auch Nov. cit.

e) Von dem im Erbrecht zu erwähnenden Grundsatz der lex Papia Popp., daß die einer letztwilligen Disposition zugefügte Bedingung, nicht zu heirathen, für nicht beigefügt angesehen werden solle (vgl. §. 434. Anm.) machte die s. g. lex. Julia Miscella bei verwittweten Personen eine Ausnahme: sei nämlich einer solchen von dem vorverstorbenen Gatten Etwas unter der Bedingung, nicht wieder zu heirathen, hinterlassen, so solle diese Bedingung nur dann für nicht zugefügt gelten, wenn der Ueberlebende binnen einem Jahre schwöre, daß er liberorum causa heirathe, ohnedies könne er nur mit Bestellung der Mucianischen Kaution das Hinterlassene erhalten, Nov. 22. c. 43. Justinian aber

erließ sowohl den Eid, als auch die Mucianische Kaution, und führte also wieder ganz das alte Recht der lex Pap. Popp. ein, l. 2. 3. C. de indicta viduitate et lege Jul. Misc. toll. (6, 40). Später aber widerrief er diese Verordnung, und es steht jetzt dem Ehegatten nur frei, entweder nicht zu heirathen, oder das Vermachte schwinden zu lassen, wo dann im ersten Fall noch einige Besonderheiten in Beziehung auf Kautionsleistung vorgeschrieben sind, Nov. 22. c. 43. 44. Uebrigens ist es einerlei, ob diese Bedingung von dem verstorbenen Gatten, oder ob sie von einem Dritten herrührte, Nov. 22. c. 44. §. 8.

2) Besondere Nachtheile für die uxor binuba sind folgende:

a) Wenn eine Frau ein Kind aus erster Ehe ab intestato beerbt, so verliert sie an den ererbten Sachen, so weit sie von dem ersten Manne herrühren, die Proprietät an die übrigen Kinder aus erster Ehe, und behält blos den Nießbrauch, Nov. 22. c. 46. (über die früheren Verordnungen vgl. v. Löhr im Arch. XVI. S. 44 fgg.). Wenn gewöhnlich, und zwar auch noch von den meisten Neueren (vgl. z. B. Geiger a. a. O. S. 204 fgg., Rudorff cit. S. 344 bei II., Puchta §. 428. Not. f., Sintenis a. a. O. Not. 9.) behauptet wird, diese Strafe müßte auch auf den Vater ausgedehnt werden, so läßt sich dies schwerlich rechtfertigen. Von einer ausdehnenden logischen Erklärung nach der Absicht des Gesetzgebers kann nämlich hier nicht die Rede sein, weil zur Zeit der Nov. 22. der Vater noch gar nicht mit Geschwistern des Verstorbenen zur Erbfolge kam, und also die fragliche Strafe bei dem Vater gar nicht eintreten konnte. Eine Ausdehnung nach dem Grunde des Gesetzes kann aber ebenfalls hier nicht Platz greifen, weil jura singularia überhaupt keine Analogie zulassen, und man muß sich gerade in unserem Falle um so bestimmter dagegen erklären, da bei den Römern die zweite Ehe der Frau viel gehässiger war, als die des Mannes, indem bei dem letzteren blos die Rücksicht auf die Kinder erster Ehe, bei der erstern aber auch noch außerdem die Idee vorkam, daß eine zweite Ehe gewissermaßen gegen die castitas verstoße, vgl. z. B. l. 22. C. de adm. tut. (5, 37) (verb.: feminas immoderatas atque intemperantes), Nov. 2. c. 3. Vgl. bes. Marezoll in Gießer Zeitschr. V. S. 363 fgg., vorz. S. 397 fgg.

b) Die zur zweiten Ehe schreitende Frau verliert die Vormundschaft über die Kinder aus erster Ehe, und hat sie doch die Ehe abgeschlossen, ohne Rechnung abgelegt, und was sie aus der Vormundschaft schuldig ist, bezahlt zu haben, so treffen sie alle Nachtheile des verletzten Trauerjahres, Nov. 22. c. 40, Nov. 94. c. 2.

c) Die mater binuba kann nicht mehr verlangen, daß die Kinder aus erster Ehe vorzugsweise bei ihr erzogen werden, l. 1. C. ubi pup. educ. (5, 49), Nov. 22. c. 38, und endlich

d) ist dieselbe auch in Betreff des Widerrufs von Schenkungen beschränkt, die sie einem Kinde aus erster Ehe gemacht hat, denn sie kann dieselben nur dann revoziren, wenn dasselbe sie injuriirt, oder ihrem Leben, oder ihrem ganzen Vermögen nachgestrebt hat, l. 7. C. de revoc. donat. (8, 56), Nov. 22. c. 35.

An der heutigen Anwendbarkeit aller dieser Grundsätze kann mit Grund nicht gezweifelt werden, vgl. Glück XXIV. S. 160 fgg., Geiger a. a. O. S. 229 fgg. und nur die deßhalb hier übergangenen Vorschriften der Nov. 6. c. 6,

Nov. 12. c. 42, Nov. 137. c. 1. 2. (Unfähigkeit des binubus zu höheren Weihen) fallen heut zu Tage aus begreiflichen Gründen hinweg. — Ueber die angebliche, aber gewiß unbegründete Befugniß des früher versterbenden Ehegatten, dem Ueberlebenden durch letzten Willen die Strafen der zweiten Ehe zu erlassen, eine Befugniß, die auf einen ziemlich dunkeln und mehrdeutigen Ausspruch Justinian's in Nov. 22. c. 2. gestützt zu werden pflegt, vgl. Glück XXIV. S. 163 fgg., Geiger a. a. O. S. 222 fgg., Majer in der Gießer Zeitschr. N. F. V. S. 310 fgg.

Anm. 2. Wenn eine Wittwe während des Trauerjahres (früher zehn Monate, seit Theodos I. ein Jahr, l. 2. C. h. t.) zu einer zweiten Ehe schreitet, so wird sie

1) schon nach dem Recht des Prätorischen Edikts infam, aber doch mit Unterschied. Ist nämlich der verstorbene Mann ein solcher, quem more majorum lugeri non oportet, wie perduellionis damnati, suspendiosi, qui mala conscientia manus sibi intulerunt, l. 11. §. 1. 3. de his, qui notant. inf. (3, 2), so muß die Frau zwar auch ihr Trauerjahr aushalten *(elugere)*, aber nur propter turbationem sanguinis, und kommt sie also innerhalb desselben nieder, so steht ihr die zweite Ehe sogleich frei, l. 11. §. 2. eod. Im anderen Falle aber darf sie, ungeachtet einer vorhergehenden Geburt, doch nicht heirathen, propter reverentiam marito debitam *(lugere)*. (Wenn Rudorff S. 346 die hier gemachte Unterscheidung „unbegreiflich" findet, offenbar, weil l. 11. §. 2. cit. ganz allgemein zu sagen scheint, daß die Wittwe sogleich nach geschehener Niederkunft wieder heirathen könne: so übersieht er die durch die Stellung dieses Sen bestimmt genug angedeutete Beschränkung, indem vor- wie nachher, in §. 1. und in §. 3. blos von solchen Männern die Rede ist, um die nicht getrauert zu werden brauchte).

2) Dazu kommen nach Verordnungen von Gratian, Valentinian und Theodos noch andere wichtige Nachtheile: sie kann ihrem Manne nie mehr als $\frac{1}{3}$ ihres Vermögens zur Dos geben oder sonst auf irgend eine Art zuwenden; sie verliert die testamenti factio passiva, und Alles, was ihr titulo universali oder singulari zugedacht ist, fällt an die Testaments- oder Intestaterben des Disponenten; sie büßt Alles ein, was sie vom verstorbenen Ehemanne als donatio propter nuptias (jure sponsaliorum, l. 2. C. h. t.), oder sonst auf irgend eine Art erhalten hat, und zwar fällt dies zunächst an die decem personae des Edikts (alle Verwandten des ersten und zweiten Grades), dann an den Fiskus; endlich soll sie ihre Verwandten blos bis zum dritten Grade ab intestato beerben dürfen, l. 1. 2. C. h. t. Hat sie Kinder aus erster Ehe, so sollen diese Strafen nur dann vom Kaiser erlassen werden, wenn sie denselben die Hälfte ihres ganzen Vermögens völlig abtritt, selbst nicht mit Zurückbehaltung des Nießbrauchs; geschieht dies, und stirbt eines derselben ohne Testament, so soll dies Ueberlassene stets an die überlebenden Geschwister fallen; sterben Alle ohne Testament, dann soll die Mutter zum Trost ihre Hälfte aus der Erbschaft des letztverstorbenen Kindes vorwegnehmen dürfen, l. 4. C. ad SC. Tertull. (6, 56). — Die drei Verordnungen faßt Justinian in Nov. 22. c. 22. zusammen, nur mit dem einen Zusatz, daß der Theil, welcher einem Kinde von der

zu schenkenden Hälfte zukommt, bei dem Tode desselben auf seine eigenen Kinder, und erst in Ermangelung dieser auf die Geschwister fallen solle.

3) In Nov. 39. c. 2. verfügt aber noch Justinian durch einen speziellen Fall veranlaßt, daß alle Strafen des verletzten Trauerjahres auch die Frau treffen sollen, welche während dieses Jahres Unzucht treibt, denn so allgemein muß der Absicht des Gesetzgebers nach das Gesetz aufgefaßt und nicht blos auf den, den Worten nach entschiedenen Fall beschränkt werden, wenn die Frau im elften oder zwölften Monate nach dem Tode ihres Mannes wirklich niederkommt. Doch sind Viele anderer Meinung, vgl. z. B. Marezoll, über bürgerl. Ehre, S. 189, Zimmern, Rg. I. S. 502. und S. 645, Rudorff S. 346, Strippelmann, neue Samml. V. 1. S. 218 fgg u. A. m.

Ob diese Strafen noch h. z. T. gelten, oder ob sie durch kanonisches Recht abgeschafft seien, ist sehr streitig, vgl. Glück XXIV. S. 197 fgg. In cap. 4. X. de secund. nupt. (4, 21) heißt es: **Super illa quaestione, qua quaesitum est, an mulier possit sine infamia nubere intra tempus luctus, secundum leges definitum? respondemus, quod cum Apostolus dicat: mulier viro suo mortuo soluta est a lege viri sui, in domino nubat, cui voluerit; per licentiam et auctoritatem Apostoli ejus infamia aboletur,** vgl. cap. 5. eod. Sehr Viele folgern nämlich daraus, weil sich der Papst bei Aufhebung der Infamie auf einen Ausspruch des Apostel Paulus beziehe (Röm. 7, 3; 1. Kor. 7, 39), daß die Tendenz des Gesetzes weiter gehe, vgl. Glück cit. und die da in Not. 85. Angeff., Guyet, Abh. S. 185, Puchta §. 429. a. E., Göschen, Vorles. §. 713, Geiger a. a. O. S. 228 fgg. u. A. m., aber doch wohl gegen die Grundsätze einer richtigen Auslegung, vgl. Löhr im Magaz. III. S. 520 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. III. a. a. O. Not. 15.

V. Von dem Verhältniß der Ehegatten in Betreff der Kinder.

§. 228.

Dig. XXV. 3. de agnoscendis et alendis liberis [vel parentibus, vel patronis, vel liberis]; XXV. 4. de inspiciendo ventre custodiendoque partu.

Zweites Kapitel.

Von der väterlichen Gewalt.

Inst. I. 9, Cod. VIII. 47. de patria potestate; Dig. l. 6. de his, qui sui vel alieni juris sunt. — Heimbach in Weiske's Rechtslexikon XII. S. 1 fgg.; vgl. auch *Lederlin*, la puissance paternelle d'aprés les principes du droit romain. Strasb. 1854.

I. Allgemeiner Charakter der väterlichen Gewalt. §. 229.

II. Wirkungen der väterlichen Gewalt.

A. Rechte des Vaters über die Person des Kindes. §. 230.

B. Einfluß der väterlichen Gewalt auf das Vermögen.

1) Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind — s. g. unitas personae. §. 231.

Cod. V. 15. de donationibus [inter vir. et uxor. et] a parentibus in liberos factis. v. d. Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenr. Nr. II. S. 113 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 142, Heimbach a. a. O. S. 3 fgg., Schwanert, Naturalobligat. S. 299 fgg., *Machelard*, des obligat. naturelles. p. 132 sqq.

1) §. 6. J. de inutil. stipul. (3, 19): Item inutilis est stipulatio, si ab eo stipuleris, qui tuo juri subjectus est, vel si is a te stipuletur.

2) *Ulp.* l. 2. pr. de contrah. emt. (18, 1): Inter patrem et filium contrahi emtio non potest, sed de rebus castrensibus potest.

3) *Gai.* l. 4. de judic. (5, 1): Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio.

4) *Ulp.* l. 11. eod.: Si a me fuerit arrogatus, qui mecum erat litem contestatus, vel cum quo ego, solvi judicium Marcellus libro III. Dig. scribit; quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere.

5) *Paul.* l. 16. de furt. (47, 2): Ne cum filiofamilias pater furti agere possit: non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.

6) *Paul.* l. 56. §. 1. de fidejussorib. et mandat. (46, 1): Item si filius a patre vel servus a domino stipuletur, nec fidejussor acceptus tenetur, quia non potest pro eodem et eidem esse obligatus. Ex diverso ergo patre a filio vel domino a servo stipulato fidejussor acceptus tenetur.

7) *African.* l. 38. §. 1. 2. de condict. indeb. (12, 6): Quaesitum est, si pater filio crediderit, isque emancipatus solvat, an repetere possit? Respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum; nam manere naturalem obligationem, argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio, deduceret pater quod sibi filius debuisset. (§. 2.) Contra si pater quod filio debuisset, eidem emancipato solverit, non repetet; nam hic quoque manere naturalem obligationem, eodem argumento probatur, quodsi extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset, computetur. Eademque erunt, si extraneus heres exheredato filio solverit id, quod ei pater debuisset.

8) *Ulp.* l. 10. §. 2. de fidejuss. et mandat. (46, 1): Filiusfamilias pro patre poterit fidejubere, nec erit sine effectu haec fidejussio, primo quidem, quod sui juris effectus poterit teneri in id, quod facere potest, dein, quod et dum in potestate manet, condemnari potest.

2) Pekulien der Kinder.

Einleitung. §. 232.

Anm. Ueber die allmählige Ausbildung des jetzt s. g. Pekulienrechts vgl. *Rau*, **historia juris civilis de peculiis. Lips. 1770.** Zimmern, Rg. I. §. 186 fgg. — Ueber das Wort: peculium, und namentlich die Frage, ob auch die adventicia so genannt werden dürfen, s. Hugo im civ. Mag. V. 19, VI. 4, vgl. mit Marezoll in Gießer Zeitschr. VIII. S. 59 fgg., Mühlenbruch in Glück's Komm. XXXV. S. 190 fgg. Note 28. und Lehrbuch §. 564. Note 4, Puchta Lehrb. §. 433. Note d, Vorles. II. ad h. l., Heimbach in Weiske's Rechtslex. VII. S. 858 fgg.

a) S. g. peculium profecticium. §. 233.

Dig. XV. 1. de peculio. — Marezoll in Gießer Zeitschrift. N. F. V. S. 169 fgg., Dietzel in Bekker's Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts. II. S. 1 fgg., III. S. 58 fgg., Keller ebendas. III. S. 153 fgg., Bekker in Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsr. IV. S. 501 fgg.

1) *Pompon.* l. 4. pr. §. 2. h. t.: Peculii est non id, cujus servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit summa servi rationem discernens; nam cum servi peculium totum adimere vel augere vel minuere dominus possit, animadvertendum est, non quid servus, sed quid dominus constituendi servilis peculii gratia fecerit. — — (§. 2.) Ex his apparet, non quid servus ignorante domino habuerit, peculii esse, sed quid volente; alioquin et quod subripuit servus domino, fiet peculii, quod non est verum.

2) *Paul.* l. 8. eod.: Non statim quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit, sed si tradidit, aut cum apud eum esset, pro tradito habuit; desiderat enim res naturalem dationem. Contra autem simulatque noluit, peculium servi desinit peculium esse.

3) *Papinian.* l. 31. §. 2. de donationib. (39, 5): Pater, qui filiae, quam habuit in potestate, mancipia donavit, et peculium emancipatae non ademit, ex post facto donationem videbatur perfecisse.

4) *Paul.* l. 1. §. 5. de adqu. v. am. poss. (41, 2): Item acquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate

est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit, quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui iis peculium habere permiserimus.

5) *Marcian.* l. 40. h. t.: Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat, peculium simile esse homini. §. 1. Quommodo autem peculium nascitur, quaesitum est. Et ita veteres distinguunt, si id acquisiit servus, quod dominus necesse non habet praestare, id esse peculium, si vero tunicas, aut aliquid simile, quod ei dominus necesse habet praestare, non esse peculium; ita igitur nascitur peculium. Crescit, quum auctum fuerit; decrescit, quum servi vicarii moriuntur, res intercidunt; moritur, quum ademtum sit. — Wie mit dem Passus: si vero tunicas etc. die anscheinend widerstreitende l. 25. eod. zu vereinigen sei, ist sehr bestritten; vgl. über die verschiedenen Ansichten Ubbelohde in Gieß. Zeitschr. N. F. XVI. S. 423 fgg.

6) *Ulp.* l. 3. §. 4. f. de minorib. (4, 4): — aliquo casu ad filium peculium spectat, utputa si patris ejus bona a fisco propter debitum occupata sunt, nam peculium ei ex constitutione Claudii separatur. S. Marezoll, bürgerl. Ehre S. 52 fgg., Ders. in Gießer Zeitschrift. N. F. V. S. 244 fgg. Vgl. auch Kämmerer in Gießer Zeitschrift. XIV. 4.

b) Castrense peculium. §. 234.

Dig. XLIX. 17. de castrensi peculio, Cod. XII. 37. de castrensi peculio militum et praefectianorum. — *Retes,* de castrensi peculio, in *Meerm.* thes. VI. p. 240 sqq.; *Majans.* de peculio castrensi, in Disput. jur. civ. tom. I. no. 14. Marezoll in Gießer Zeitschrift VIII. S. 77 fgg., bes. S. 105 fgg.

1) *Macer.* l. 11. h. t.: Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est; vel quod ipse filiusfamilias in militia adquisiit, quod nisi militaret, adquisiturus non fuisset, nam quod erat et sine militia adquisiturus id peculium ejus castrense non est.

2) *Ulp.* l. 8. eod.: Si forte uxor vel cognatus vel quis alius non ex castris notus filiofamilias donaverit quid vel legaverit, et expresserit nominatim, ut in castrensi peculio habeat

an possit castrensi peculio adgregari? Et non puto. Veritatem enim spectamus, an vere castrensis notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit.

Anm. Zum Pekulium kastrense gehört nicht blos das, was der Haussohn unmittelbar durch den Kriegsdienst erwirbt, wie Sold, Beute u. dgl., sondern auch das, was ihm nur *per occasionem militiae* zufällt, l. 11. h. t., l. 1. C. h. t., l. 4. C. fam. herc. (3, 36), und hierher wird namentlich gerechnet: a) was ihm an beweglichen Sachen bei seinem Abgang ins Lager (nicht gerade bei seinem ersten Eintritt in den Militärdienst, wie häufig gelehrt wird) von Verwandten und Freunden geschenkt wird, l. 3. §. 4. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1), l. 6. 11. h. t., l. 4. C. fam herc. Bestehen die Geschenke in solchen Sachen, die unmittelbar zur Kriegsausrüstung gehören (res castrenses vel militares), so bilden diese stets einen Bestandtheil des pec. castr., wenn sie auch nicht gerade beim Ausrücken in den Feldbienst gegeben wurden, und eben dies ist auch dann der Fall, wenn Geld ad res militares comparandas gegeben wurde, und die Anschaffung wirklich erfolgte, l. 3. h. t. — b) was ihm an beweglichen oder unbeweglichen Sachen, l. 4. C. cit., von solchen Personen, mit denen er durch den Kriegsdienst in nähere Verbindung gekommen ist, durch letztwillige Verfügung oder unter Lebenden zugewendet worden ist, l. 5. 8. h. t., l. 1. 4. C. h. t. Ist der Erblasser schon ohnedies ein Verwandter, so wird das Zugewendete nur dann als occasione militiae erworben angesehen, wenn beide wirklich zusammen gedient haben, und das Testament *post* commilitium gemacht ist, l. 16. §. 1, l. 19. h. t., l. 4. C. h. t. — c) Nach einem ganz singulären Reskript von Hadrian soll der Soldat, den seine Frau während des Kriegsdienstes zum Erben einsetzte, diese Erbschaft als pecul. castr. zu betrachten berechtigt sein. Eine Ausdehnung auf Legate, Schenkungen u. dgl. oder auf vor der militia errichtete Testamente ist unzuläßig, l. 13. h. t.

c) Quasi castrense peculium. §. 235.

Cod. XII. 31. de castrensi omnium palatinorum peculio. — v. Löhr im Arch. X. S. 175 fgg., Marezoll in Gieß. Zeitschr. VIII. S. 116 fgg.

Anm. Zu dem pecul. quasi castrense gehört zunächst ein Fall, den man freilich sehr gewöhnlich (vgl. z. B. auch noch Puchta, Lehrb. §. 437. und Rudorff, Grundr. §. 387. Anm.) zum s. g. pecul. advent. irregulare stellt. Wenn nämlich der Vater als Fiduziar die dem filiusfam. zu restituirende Erbschaft schlecht verwaltet, so soll er nach einem Reskript von Hadrian die Erbschaft sogleich herausgeben, ita ne quid in ea pecunia juris haberet, l. 50. SC. Trebell. (36, 1). Gewiß muß hier an ein pecul. quasi castrense gedacht werden, denn nicht nur, daß die ganze Idee der Adventitien zu Hadrian's Zeiten noch völlig unbekannt war, so heißt es ja auch in l. 50. cit. ausdrücklich: post

decreti auctoritatem in ea hereditate *filio militi comparari debuit;* vgl. auch Marezoll S. 81 fgg., Buchholtz in Gießer Zeitschr. XIV. S. 310 fgg. — Außerdem aber gehören noch folgende Fälle hierher: a) Daß bei Staatsbeamten ihre eigentliche Besoldung, so wie Sporteln und andere Amts-Accidentien zum pecul. quasi castr. gehören, ist ausgemacht, l. 37. C. de inoff. test. (3, 28), l. 7. C. de access. (1, 51). Weiter aber geht noch v. Löhr a. a. O. S. 178, indem er dahin auch Alles rechnen will, was nur bei Gelegenheit des Amts erworben wird; so wie auch das, was einem Beamten zum Antritt seines Amtes gegeben wird. Aber gewiß mit Recht erklärt sich dagegen Marezoll a. a. O. S. 130 fgg., indem hier offenbar weder die Analogie des eigentlichen castr. pecul. entscheiden kann, noch auch in der ersten Beziehung die Analogie der von einem Advokaten gemachten Erwerbungen, da hier weder Gleichheit der Gründe vorliegt, noch auch, selbst wenn dieses der Fall wäre, analogische Ausdehnung eines korrektorischen Gesetzes Platz greifen dürfte. Nur einzelnen, bei uns gar nicht mehr vorkommenden Beamten waren ausgedehntere Rechte gegeben, l. 5. C. de silentiariis (12, 36), l. 6. C. de castr. pec. milit. (12, 37); vgl. auch Sintenis III. §. 141. Note 65. — b) Nach einer Konstantinischen Verordnung sollen Hofbeamte das, was sie während ihres Hofdienstes „vel parsimonia propria quaesierint, vel donis nostris fuerint consecuti" als pecul. castrense haben. Darunter mit v. Löhr S. 177. allen Erwerb der Hofdieners verstehen zu wollen, geht gewiß nicht an; da Konstantin selbst am Schlusse seiner Verordnung die Gegenstände des neuen Pekulium so bezeichnet: quae aut *labore, ut dictum est, proprio,* aut donatione nostra quaesierint, l. un. C. h. t., Marezoll S. 122 fgg. — c) Alles, was Advokaten aus ihrer Advokatur oder *„ipsius occasione"* erwerben, sollen sie nach einer Konstitution von Honorius und Theodosius ad exemplum militum, velut castrense peculium haben, l. 4. 14. C. de advocat. (2, 7). — d) Eigenthümlich ist das Vorrecht der Geistlichen, indem diese nicht blos das, was sie durch ihren geistlichen Stand, oder bei Gelegenheit desselben erwerben, sondern Alles und Jedes, was auf irgend eine Art in ihr Eigenthum kommt, als kastrensisches Pekulium haben sollen, l. 34. 50. C. de episc. et cleric. (1, 3), Nov. 123. c. 19. Ob dahin auch das gehöre, was der Geistliche *ex re patris* erwirbt, ist streitig. Während die Meisten dies leugnen, behauptet v. Löhr S. 164 fgg. Note das Gegentheil, aber doch wohl mit Unrecht, denn nicht nur Leo und Anthemius sagen in l. 34. cit., Geistliche sollten das in freiem Eigenthum haben, quaecunque acquirere et habere potuerint, sondern auch Justinian redet noch in Nov. cit. von res quolibet modo ad eorum dominium venientes. Nun kann aber der Haussohn selbst nach neuestem Recht ex re patris nichts zu Eigenthum erwerben, und es können also auch gewiß jene Verordnungen nicht auf dergleichen Acquisitionen bezogen werden, Marezoll S. 125 fgg. — e) Endlich gehört zum pecul. quasi castr. Alles, was ein Haussohn oder eine Haustochter von dem Regenten oder der Regentin geschenkt erhält, l. 7. C. de bon. quae liber. (6, 61).

d) S. g. peculium adventitium.

Cod. VI. 60. de bonis maternis et materni generis; VI. 61. de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias adquiruntur, et eorum administratione. — *Scipio Gentilis* liber de bonis maternis et adventitiis; in opp. tom. II., besonders Marezoll, Revision der Lehre von den s. g. Adventitien. In Gießer Zeitschr. VIII. S. 58 fgg., S. 242 fgg., S. 362 fgg. — S. auch Hugo oben §. 232 cit.

α) S. g. pec. adv. regulare. §. 236.

Vgl. *Lauterbach* de usufruct. paterno in diss. acad. tom. III. no. 140; *Fromann* de administrat. adventitior. legitima in ejusd. Volum. disput. jurid. Tüb. 1682. no. 16.

Justinian. l. 6. pr. C. de bonis quae liber.: Cum oportet similem providentiam tam patribus quam liberis deferri, invenimus autem in veteris juris observatione multas esse res, quae extrinsecus ad filiosfamilias veniunt, et minime patribus acquiruntur, quemadmodum in maternis bonis, vel quae ex maritali lucro ad eos perveniunt, ita et in his, quae ex aliis causis filiisfamilias acquiruntur, certam introducimus definitionem. Si quis itaque filiusfamilias vel patris sui vel avi vel proavi in potestate constitutus, aliquid sibi acquisierit, non ex ejus substantia, cujus in potestate sit, sed ab aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant: eas suis parentibus non in plenum, sicut antea fuerat sancitum, sed usque ad usumfructum solum acquirat, et eorum ususfructus quidem apud patrem vel avum vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat, dominium autem filiisfamilias inhaereat ad exemplum tam maternarum, quam ex nuptialibus causis filiisfamilias acquisitarum rerum. Sic etenim et parenti nihil derogabitur, usumfructum rerum possidenti, et filii non lugebunt, quae ex suis laboribus sibi possessa sunt, ad alios transferenda aspicientes, vel extraneos, vel ad fratres suos, quod etiam gravius multis esse videtur; exceptis castrensibus peculiis, quorum nec usumfructum patrem vel avum vel proavum habere veteres leges concedunt; in his etenim nil innovamus, sed vetera jura intacta servamus, eodem observando etiam in his peculiis, quae quasi castrensia peculia ad

instar castrensis peculii accesserunt. Cf. l. 8. pr. eod. §. 1. J. f. per quas person. (2, 9).

Anm. 1. Wenn man h. z. T. das s. g. pec. adventit. sehr gewöhnlich rein negativ dahin bestimmt, daß es jeden Erwerb des Kindes befasse, der nicht zu dem pecul. castrense, quasi castrense oder profectitium gehöre, so läßt sich dies doch schwerlich rechtfertigen, denn gewiß muß man noch Alles ausscheiden, was vermöge gesetzlicher Vorschrift aus des Vaters Vermögen an das Hauskind fällt, wie z. B. die lucra nuptialia, welche der Vater bei einer zweiten Heirath an die Kinder der Proprietät nach verliert, und die Dos, welche der Mann etwa bei erfolgter Scheidung oder auch sonst nur dem Nießbrauch nach lukrirt, während die Proprietät den Kindern zufällt. Daß man in solchen Fällen so allgemein ein pecul. adventit. annimmt, rührt wohl gewiß nur aus einer zufälligen Aehnlichkeit her, indem hier ebenfalls der Nießbrauch dem Vater, die Proprietät den Kindern gehört. Hält man sich an die Beschreibung der Adventitien, welche uns Justinian in der Kardinalstelle, nämlich in l. 6. pr. C. de bonis quae liber. giebt, so sieht man leicht, daß keins der angeführten Merkmale auf jene Fälle paßt, und man muß also hier um so bestimmter die Qualität eines pecul. advent. in Abrede stellen, als sich jene Vermögens-Verhältnisse ganz auf dieselbe Weise gestalten, wenn auch der Sohn nicht in einer patria potestas steht. Daß man aber solche Erwerbungen des Hauskindes überhaupt nicht als Pekulium, und namentlich nicht als pecul. advent. betrachtet, führt auch zu der praktisch wichtigen Folge, daß man das eigenthümliche Recht dieses letzteren hierauf gewiß nicht anwenden darf, wie denn namentlich mit dem Aufhören der väterlichen Gewalt nicht auch der Nießbrauch des Vaters erlöscht, und wenn das Hauskind in Adoption gegeben wird, der Nießbrauch nicht an den pater adoptans übergeht, welches Beides sich, wenn es wahres Pekulium wäre, anders verhalten würde (s. Anm. 3). Das peculium adventitium ist also hiernach vielmehr so zu definiren, daß es jeder Vermögens-Erwerb eines Hauskindes ist, der nicht ex patris substantia ihm zufällt, und nicht zum pecul. castr. oder quasi-castr. gehört; vgl. auch Marezoll S. 217 fgg. Einige Punkte sind noch besonders zu berühren:

1) Wenn der Sohn etwas von Anderen erwirbt, aber mit Rücksicht auf den Vater und um des Vaters Willen, so nehmen Viele an, dies werde peculium profectitium, und berufen sich dafür auf mehrere Pandekten-Stellen, l. 21. 22. de usufr. (7, 1), l. 19. §. 1. de pecul. (15, 1), l. 10. §. 6. de vulg. et pup. subst. (28, 6), l. 45. §. 4. de acqu. v. om. hered. (29, 2). Aber gewiß mit Recht erklären sich jetzt die Meisten gegen diese Ansicht, denn diese Stellen gehören offenbar nicht hierher, da sie nur entscheiden, daß das, was ein Sklave contemplatione domini erwerbe, dem Herrn erworben werde, sollte auch der Sklave etwa im Nießbrauche eines Anderen stehen. Daß daraus keine Regel für unseren Fall gemacht werden kann, leuchtet von selbst ein, und eben so wenig beweist auch der §. 1. J. per quas person. (2, 9), denn wenn da das quod ex patris occasione profectum est zum Pekulium profektitium gerechnet wird, so wollen hier die Worte ex patris occasione offenbar nur dasselbe sagen, was

unmittelbar vorher durch: **ex re patris** ausgedrückt wurde, wie schon das **ad patrem** *reverti* beweist. Bedenkt man, daß die Definition des pecul. advent., welche Justinian in l. 6. cit. giebt, ganz auf das paßt, was Dritte occasione patris dem Sohne geben, und scheidet man nur hiervon den Fall aus, wenn dem Sohne etwas gerade für den Vater Bestimmtes nur eingehändiget wird, so kann es wohl nicht bezweifelt werden, daß hier ein Fall des pecul. advent. vorliege, Marezoll S. 264 fgg.

2) Justinian in l. 6. C. cit. sagt ausdrücklich, daß auch das zum pecul. advent. gehören solle, was der Sohn *laboribus suis* erwerbe. Gewiß kann aber dies, wie man jetzt auch allgemein zugiebt, nicht auf solche Handlungen des Kindes bezogen werden, welche dasselbe in unmittelbarer Beziehung auf das väterliche Vermögen, oder vermöge Auftrags und Befehls des Vaters vornimmt (s. g. häusliche Dienste); sondern nur auf solche Handlungen, welche ohne väterlichen Fond und nicht für den Vater vorgenommen werden, z. B. wenn der Sohn mit erborgtem Gelde ein Geschäft treibt, oder wenn er durch seine Dienstleistungen, z. B. Unterricht u. dgl. etwas erwirbt.

3) Insbesondere gestritten hat man auch noch über die s. g. Pathengeschenke (pecunia lustrica), d. h. im eigentlichen Sinne des Wortes diejenigen Geschenke, welche der Pathe unmittelbar bei der Taufhandlung zu machen pflegt. Hier ist soviel gewiß, daß wenn der Pathe selbst ausdrücklich oder stillschweigend, etwa durch die Natur des Geschenkes, bestimmte, für wen die Gaben bestimmt seien, für die Aeltern oder für das Kind, sich Alles einfach hiernach entscheidet. Fehlt es aber an einer solchen Bestimmung, und hat sich auch nicht etwa eine feste partikuläre Gewohnheit für das Eine oder Andere gebildet, so muß man wohl allerdings präsumiren, daß die Pathengeschenke für die Aeltern des Täuflings bestimmt seien, denn sie waren, wie sich geschichtlich nachweisen läßt, ursprünglich dazu bestimmt, die nicht unbedeutenden Kosten der Taufhandlung decken zu helfen, vgl. Marezoll S. 276 fgg.

Anm. 2. Ueber die bei dem pecul. advent. regulare eintretenden Rechtsverhältnisse vgl. Marezoll S. 285 fgg., S. 362 fgg. Einige Punkte sind hier besonders hervorzuheben:

1) Man lehrt sehr gewöhnlich, der Vater habe bei seiner Administration omnem diligentiam zu präßiren, l. 1. C. de bon. matr., sei aber deßungeachtet von aller und jeder Rechnungsablage frei, und dürfe niemals von dem Kinde zur Verantwortung gezogen werden, l. 6. §. 2., l. 8. §. 4. C. de bon. quae lib. Offenbar aber sind beide Sätze schlechthin unverträglich, und man muß nothwendig die beiden letztern Gesetze blos von denjenigen Adventitien verstehen, welche erst durch Justinian diese Eigenschaft erhalten haben. Bei diesen, aber auch nur bei diesen, tritt allerdings ein blos moralisches Verhältniß auf Treu und Glauben zwischen dem Vater und dem Hauskind ein, so daß eine Verantwortlichkeit des ersteren, und eben damit auch eine juristische Verbindlichkeit zur Präßtation der diligentia nicht Statt findet. Anders dagegen verhält es sich bei den Sachen, welche schon vor Justinian die Adventitien-Qualität hatten, den bona materna, materni generis und lucra nuptialia, denn bei diesen soll der Vater in Gemäßheit der l. 1. cit. allerdings diligentiam präßtiren müssen,

woraus von selbst hervorgeht, daß er oder seine Erben nach beendigter väterlicher Gewalt auch zur Rechenschaft gezogen werden können. Daß dieses das wahre Verhältniß jener verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen sei, und daß man also zwischen den verschiedenen Arten der Adventitien unterscheiden müsse, geht mit voller Evidenz aus der Ausdrucksweise der l. 6. §. 2. cit. hervor, denn während in §. 1. gesagt ist, daß bei den neuen Adventitien „in successione *quidem*" ganz dasselbe Recht gelten solle, wie bei den res maternae und nuptiales, fährt der Kaiser in §. 2. fort: non *autem* hypothecam filii sperare audeant, nec ratiocinia ei super administratione inferre, woraus doch gewiß klar genug hervorgeht, daß hier etwas von dem Rechte der res nuptiales et maternae Verschiedenes bestimmt werden soll, vgl. auch Schol. ad Basil. XLV. 4. fr. 9. (bei Fabr. VI. p. 124, bei Heimb. IV. p. 535); Marezoll S. 388 fgg. Doch sind auch noch viele Neuere a. M., vgl. z. B. Puchta §. 436. Not. f., Sintenis III. §. 141. Not. 33.

2) So sehr frei und unbeschränkt auch die Verwaltung des Vaters sonst ist, so ist er doch in einer Beziehung, nämlich in Betreff der Veräußerung auf das Strengste gebunden. Eine solche soll nämlich nach dem klaren Ausspruch der l. 8. §. 4. 5. C. de bon. quae liber. stets nichtig sein, mit einziger Ausnahme von drei Fällen, nämlich a) wenn auf einem dem Adventitium gemachten Erwerb, wie namentlich einer Erbschaft, Schulden ruhen; b) wenn von einer zu dem adventitium gehörigen Erbschaft Vermächtnisse zu bezahlen sind, und c) wenn sich Sachen vorfinden, die sich nicht wohl halten lassen und deren Besitz mehr zur Last gereicht. — Wenn Manche, z. B. Wening, Lehrbuch §. 393. noch den vierten Fall anführen, daß der Vater auch stets dann veräußern dürfe, wenn das mündige Kind seine Zustimmung gebe, so ist dies doch wohl irrig, denn daraus, daß aus l. 8. §. 5. cit. hervorgeht, daß das Kind mit Einwilligung des Vaters veräußern dürfe, kann gewiß jener Satz nicht abgeleitet werden, um so weniger, da Justinian nach Aufführung jener drei Fälle ausdrücklich hinzufügt, daß *tantummodo* in praedictis causis eine Veräußerungs-Befugniß des Vaters Statt finden solle, vgl. auch Marezoll S. 404 fgg. — Tritt nun aber einer jener Ausnahmsfälle ein, so muß der Vater stets *filii nomine* veräußern, wie dies Justinian mehrmals in l. 8. §. 4. 5. C. cit. ausdrücklich hervorhebt, und man darf dies um so weniger mit Wening §. 393. Not. s und Anderen m. in Abrede stellen, als nach l. 1. C. de bon. matern. der Vater dann, wenn er Sachen aus seinem eigenen Vermögen veräußert, stets darthun muß, proprii juris eas res esse, quas donat aut distrahit, woraus denn doch von selbst hervorgeht, daß er dann, wenn er Adventitien veräußert, diese Qualität den Käufern anzeigen, und also filii nomine veräußern muß.

3) Es ist eine sehr gewöhnliche Behauptung, daß wenn der Vater Adventitien-Prozesse führe, er dabei an den Konsens des mündigen Hauskindes gebunden sei. Für eine Art der Adventitien, nämlich die bona materna, sagt Konstantin geradezu das Gegentheil l. 1. de bon. matern., denn darnach soll der Vater „litem inferentibus resistere atque omnia ita agere, tamquam solidum perfectumque dominium ei adquisitum fuisset". Aber auch bei den übrigen Arten der Adventitien würde sich jener angebliche Konsens

schlecht vertragen, indem Justinian dabei dem Vater **plenissimam potestatem utendi, fruendi et** ***gubernandi*** einräumt, und erklärt, das Hauskind dürfe sich's auf keinen Fall herausnehmen, **vetare patrem, gubernare quomodo voluerit, l. 6. §. 2. C. de bon. quae liber.** Die einzige Stelle, die man für die angebliche Nothwendigkeit jenes Konsenses anführt, und anführen kann, ist die **l. 8. §. 3. C. eod.**, aber hier ist blos von Erbschaftsklagen die Rede, und hierbei erklärt sich auch die Nothwendigkeit einer Einwilligung von Seiten des Sohnes sehr einfach, da diese Klagen in der That nur die Realisirung des Erwerbes bilden, also gewissermaßen noch selbst zum Erwerb der Erbschaft gehören, und zum Erwerb von Adventitien-Sachen allerdings der Konsens des Sohnes erforderlich ist. Offenbar aber läßt sich daraus kein Schluß auf solche Prozesse ziehn, die sich als zur Verwaltung schon völlig erworbener Adventitien gehörig herausstellen; vgl. bes. Marezoll S. 372 fgg.

4) Betrachtet man noch insbesondere die Rechte des Sohnes an dem **pecul. adventit. regulare**, so reduziren sich diese in der That darauf, daß er die sichere Aussicht auf den dereinstigen vollen Erwerb desselben nach aufgelöster väterlicher Gewalt hat, wozu nur noch das spezielle Recht kommt, daß er mit Einwilligung seines Vaters Veräußerungen daran vornehmen kann, **l. 8. §. 5. C. de bon. quae liber.**, was aber doch auf Veräußerungen unter Lebenden beschränkt werden muß, denn **mortis causa** kann er darüber auf keine Weise disponiren, selbst nicht einmal durch eine **mort. causa donatio**, über welchen, freilich bestrittenen Punkt aber noch näher im Erbrechte geredet werden muß (§. 428. Anm.)

Anm. 3. Die Frage, wie der väterliche Nießbrauch an den s. g. Adventitien verloren gehe, ist nicht ganz unbestritten; vgl. bes. die sehr ausführliche Abhandlung von Marezoll in der Gießer Zeitschrift. **XIII. 9.** Da dieser Nießbrauch offenbar lediglich Ausfluß der väterlichen Gewalt ist, so bringt es die Konsequenz mit sich, daß derselbe überall dann erlöscht, wenn die väterliche Gewalt aus irgend einem Grunde aufhört; und in der That ist dies denn auch das unverkennbare Prinzip des römischen Rechts, von welchem nur einige singuläre Ausnahmen vorkommen, nämlich, wenn die väterliche Gewalt durch Emanzipation aufgelöst wird, indem hier dem Vater als **praemium emancipationis** die Hälfte des Nießbrauchs verbleiben soll, **l. 6. §. 3. C. de bonis quae liberis (6, 61), §. 2. J. per quas person. nob. acquirit. (2, 9)**, Marezoll a. a. O. S. 190 fgg., und wenn das Hauskind mit Hinterlassung solcher Erben verstirbt, welche den Vater vom Erbrechte ausschließen, indem hier als Entschädigung für das dem Vater nicht vergönnte Erbrecht demselben der lebenslängliche Nießbrauch verbleiben soll, **l. 3. 4. 6. §. 1. C. de bonis quae liber. Nov. 118. c. 1**, vgl. unten §. 409. Anm. bei IV. 1. und §. 416. Anm. 3. — Wendet man dieses Prinzip auf den Fall an, wenn das Hauskind in eine ***plena adoptio*** gegeben wird, so kann man offenbar nur sagen, daß auch hier der Nießbrauch für den leiblichen Vater erlöschen, und auf den Adoptivvater, als den jetzigen Inhaber der väterlichen Gewalt übergehen muß, und dies ist denn auch von jeher von den weit meisten Rechtslehrern unbedenklich angenommen worden. Doch hat auch, namentlich in unsren Tagen, die entgegen-

gesetzte Lehre mehrere Vertheidiger gefunden, vergleiche Wening-Ingenheim in Gießer Zeitschrift I. 17, Marezoll a. a. O. S. 212 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. VII. S. 879, Sintenis, praktisches Zivilrecht §. 139 Not. 39. (Bd. III. S. 114); aber ich kann die dafür angeführten Gründe nicht für genügend halten. An einem speziellen Quellen-Zeugniß fehlt es allerdings, und ich räume Marezoll'n ein, daß das von manchen Vertheidigern unsrer Ansicht aus l. 10. §. 1. C. de adopt. (8, 48) verb.: „manifestissimum est, quod et acquisitiones" rel. entnommene argumentum a contrario unstatthaft ist, besonders, wenn man in dieser Stelle Statt der gewöhnlichen Lesart: „et rema*neant* in sacris patris naturalis" lies't: et rema*neat*, wofür nicht blos innere Gründe sehr bestimmt sprechen, sondern auch mehrere Manuskripte vgl. die Note von Hermann ad h. l.; denn darnach ist hier blos davon die Rede, daß die nach der Adoption gemachten Erwerbungen nicht an den extraneus pater adoptans fallen sollen, wodurch jedes argumentum a contrario für unsre Frage von selbst wegfällt. Aber in der That bedürfen wir auch keiner speziellen Zeugnisse, da, wie schon oben angedeutet wurde, die allgemeinen gesetzlichen Prinzipien dieser Lehre sehr bestimmt zu unsrer Ansicht hinführen, und wenn man dagegen anführt, daß doch auch im früheren Rechte, so lange der Vater das Eigenthum der s. g. Adventitien in Folge der väterlichen Gewalt erworben habe, an einen Uebergang dieses einmal erworbenen Eigenthums auf den Adoptivvater nicht gedacht worden sei, und daß man deßhalb konsequent dasselbe auch bei dem einmal erworbenen Usufruktus, der später an die Stelle jenes Eigenthums getreten sei, annehmen müsse: so beweis't man hiermit theils zuviel — indem daraus folgen würde, daß der einmal erworbene Nießbrauch auch bei jeder andern Erlöschung der väterlichen Gewalt fortdauern müßte, was doch entschieden falsch ist —, theils übersieht man dabei die ganz verschiedene Natur des Eigenthums und des Nießbrauchrechts, indem das erstere stets ein für allemal erworben wird, die Erwerbung des letztern sich aber in jedem Augenblicke reproduzirt, „ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur", l. 1. §. 3. de usufr. accresc. (7, 2), vgl. auch unten §. 554. Anm. 1, woraus von selbst hervorgeht, daß derselbe erlöschen muß, wenn der Grund für seine Existenz, also in unserm Falle die väterliche Gewalt hinweggefallen ist. Durch diese letztre Bemerkung erledigt sich auch von selbst das Argument, welches man aus der angeblichen regelmäßigen Lebenslänglichkeit des einmal konstituirten Nießbrauchs hat entnehmen wollen; und wenn man endlich noch anführt, daß ein Uebergang des ususfructus von dem leiblichen auf den Adoptivvater schon darum unzulässig sei, weil ja eine Personalservitut bekanntlich niemals dem Rechte nach auf einen Andren übertragen werden könne, so beseitigt sich auch dieser Einwand leicht, da hier offenbar gar nicht von einem Uebergang des Nießbrauchs, sondern nur davon die Rede ist, daß der bisherige Nießbrauch wegen Wegfalls der väterlichen Gewalt erlöscht, und ein neuer gesetzlicher Nießbrauch für den jetzigen Inhaber der väterlichen Gewalt entsteht. Vgl. auch *Laspeyres*, de juribus quae in reb. ab adoptando acquisitis in patrem adoptivum transeunt. Hal. 1857. p. 13 sqq.

β) S. g. peculium adventitium irregulare. §. 237.

Vgl. *Lauterbach*, de peculio advent. irregulari, in Diss. III. no. 109, und bes. Marezoll S. 409 fgg., Buchholtz in Gießer Zeitschr. XIV. 11, Heimbach in Weiske's Rechtslex. VII. S. 880 fgg.

Anm. 1. Dasselbe tritt in folgenden Fällen ein:

1) Wenn das Hauskind einen Erwerb macht, bei welchem der Vater seine Mitwirkung verweigerte, z. B. wenn das Kind patre recusante eine Erbschaft antritt, l. 8. pr. §. 1. C. de bon. quae liber.

2) Wenn dem Kinde Etwas auf irgend eine Art von einem Dritten zugewendet wird, mit der ausdrücklichen Bedingung, daß daran dem Vater nicht die gewöhnlichen Rechte zustehen sollten, was aber nur bei freiwilligen Zuwendungen angeht, also namentlich nicht bei bloser Hinterlassung des Pflichttheils, Nov. 117. c. 1. Wenn Marezoll S. 416. und Sintenis §. 141. Not. 46. die Behauptung aufstellen, es hänge hier durchaus nicht von dem dritten Geber ab, zu bestimmen, welche Rechte der Vater an seiner Gabe haben solle, sondern er habe immer nur die Alternative, dem Vater alle gewöhnlichen Adventitien-Rechte daran zu lassen, oder ihn von aller und jeder Gemeinschaft daran auszuschließen; so ist doch wohl die herrschende umgekehrte Meinung richtiger, denn wem das Umfassendere erlaubt ist, dem kann ohne große Inkonsequenz das minder Umfassende nicht geweigert werden.

3) Wenn der Vater mit dem Kinde gemeinschaftlich einem anderen Kinde ab intestato succedirt, rücksichtlich der auf das Kind fallenden Erbportion, Nov. 118. c. 2, vgl. §. 416. Anm. 3.

Nach Justinianischem Rechte gehört hierher auch der Fall, wenn das Kind einen Erwerb aus dem Vermögen der Mutter macht, weil beide Ehegatten sich bona gratia von einander geschieden haben, Nov. 134. c. 11. Was in einem solchen Falle aus dem Vermögen des Vaters selbst an die Kinder fällt, daran behält allerdings der Vater ebenfalls keinen Nießbrauch, aber doch gehört dies kaum hierher, weil der Begriff von pecul. adventit. für solchen Erwerb nicht paßt, siehe §. 236. Anm. 1.

Bei diesen Fällen muß man aber auch stehen bleiben, denn was a) den aus dem Pandektenrecht oft hierher gezogenen Fall anbelangt, so ist schon oben nachgewiesen worden, daß dieser vielmehr zu dem quasi-castrense peculium gehört, vgl. §. 235. Anm. — b) Wenn öfter gesagt wird, daß das pecul. adv. regulare sich durch Aufgebung des Nießbrauchs von Seiten des Vaters in ein irregulare verwandele, so ist dies gewiß irrig, denn der Sinn der hierfür aufgeführten l. 6. §. 2. C. de bon. quae liber. (verb.: Sin autem res rel.) ist offenbar nur folgender: Wenn der Vater seinem Hauskinde den Fruchtgenuß von Sachen einräumt, die zum pecul. adv. regulare gehören, so ist dies eine ungiltige Schenkung, und die vom Sohne gezogenen Revenüen gehören zu dem pecul. profectitium; stirbt aber der Vater, ohne widerrufen zu haben, dann konvaleszirt jene Schenkung rückwärts, und die Erben des Vaters können also die gezogenen Früchte nicht zurückfordern, vgl. Thibaut, Versuche Th. II.

No. 12. — c) Daß der Vater wegen schlechter Verwaltung der Adventitien sein ganzes Recht daran verliere, wie Viele behaupten, ist nirgends in den Gesetzen vorgeschrieben, denn aus l. 50. ad SC. Trebell. kann dies unmöglich gefolgert werden, weil ja die zu restituirende Erbschaft vor der Restitution noch gar nicht zum Pekulium gehörte, und eben so wenig wird jene Behauptung durch l. 13. §. 2. C. de sententiam passis et rest. (9, 51) gerechtfertigt, wohl aber widerspricht dieselbe den Bestimmungen Justinian's in l. 6. §. 2. C. de bon. quae liber. und der Analogie des gewöhnlichen Usufruktus; vgl. v. Löhr im Arch. für ziv. Prax. VII. S. 268. Not. 10. X. S. 179 fgg. — d) Daß ein pecul. adv. irregulare entstehe, wenn dem Sohne eines Rasenden eine Erbschaft zufalle, wie z. B. Zimmern, Rg. §. 189. S. 692, Puchta §. 437. u. A. behaupten, läßt sich aus der dafür angef. l. 52. de acqu. her. (29, 2) gewiß nicht beweisen, indem daraus nur hervorgeht, daß der Konsens des Vaters bei der Erbschafts-Antretung des Sohnes supplirt werden soll, aber nicht auch, daß dem Vater gar kein Recht an dieser vom Sohne erworbenen Erbschaft zustehe; vgl. auch Marezoll S. 89 fgg., Buchholz S. 316 fgg. Wenn endlich e) auch noch der Fall hierher gerechnet wird: wenn der Erwerb mit einer solchen Auflage verbunden ist, daß ein Nießbrauch daran gar nicht weiter vorkommen kann, z. B. wenn einem Hauskind ein Sklave mit der Auflage der alsbaldigen Freilassung gegeben wird, vgl. l. 8. fin. C. de bon. liber.: so ist dies zwar praktisch nicht unrichtig, aber doch wissenschaftlich ungenau, weil ein rein faktisches Hinderniß den Begriff des Rechtsverhältnisses nicht umwandeln kann; vgl. auch Buchholz S. 323 fgg.

Anm. 2. Was das Rechtsverhältniß bei dem pecul. adv. irregulare anbelangt, so muß man dabei von dem allgemeinen Satze ausgehen, daß dem Hauskinde alle und jede Vermögensrechte zustehen, nur daß dasselbe nicht, wie bei dem peculium militare als paterfamilias betrachtet wird, was namentlich insofern wichtig wird, daß es in Betreff der zum pec. irregulare gehörigen Sachen kein Rechtsgeschäft mit dem Vater abschließen, und keine Art letztwilliger Dispositionen treffen kann, über welchen letzten bestrittenen Satz noch im Erbrechte näher zu reden sein wird (vgl. §. 428. Anm.). — Einige Punkte sind hier noch besonders zu beachten:

1) Daß das Hauskind, wenn es noch unmündig oder minderjährig ist, bei Administration des pecul. adv. irregulare eines Vormunds bedarf, versteht sich von selbst, und zwar steht hier regelmäßig dem Vater die Verwaltung zu, l. 8. §. 1. C. de bon. quae liber., aber gewiß ist derselbe hier nur wie ein anderer Vormund zu behandeln, und es ist eine völlig unbewiesene und unbegründete Behauptung Wening's §. 394, daß für den administrirenden Vater die Bestimmungen des pecul. advent. regulare gelten müßten, vgl. auch Sintenis III. a. a. O. Not. 52. — Für den Fall aber, wo die Zuwendung unter der Bedingung geschehen ist, daß der Vater daran gar keine Rechte haben solle, kann derselbe auf keinen Fall die vormundschaftliche Verwaltung erhalten, sondern hier soll zunächst der von dem dritten Schenker oder Erblasser dazu Berufene eintreten, wobei es noch eigenthümlich ist, daß selbst die Mutter oder Großmutter hier zur Führung einer — ihnen sonst ganz verschlossenen — Kuratel

gelangen können; vgl. jedoch auch Buchholtz a. a. O. S. 290 fgg. Not. 3. und Heimbach in Gießer Zeitschrift XVI. S. 79 fgg. Lehnt derselbe es ab, oder ist Niemand berufen, dann wird von der Obrigkeit ein Vormund ernannt, Nov. 117. c. 1. §. 1.

2) Sehr gewöhnlich behauptet man, daß der Sohn bei Prozessen über das pec. adv. irregulare stets des Konsenses des paterfamilias bedürfe. Wie wenig dies mit den übrigen Bestimmungen über dieses Pekulium zusammen stimmt, fällt von selbst in die Augen, und in der That kann auch die dafür angeführte l. 8. pr. C. de bon. quae liber. dies nicht beweisen. Dort ist nämlich nur von dem Fall die Rede, wenn dem Sohne eine Erbschaft angetragen ist, von welcher der Vater nichts wissen will, und hier soll derselbe gezwungen werden können, dem Sohne zu den Erbschaftsklagen seinen Konsens zu geben, „ne judicium sine patris voluntate videatur consistere“. Gewiß aber muß dies nur auf den hier entschiedenen Fall eingeschränkt werden, und in allen übrigen Fällen können die Gegner des prozessirenden Sohnes nur die Nachweisung verlangen, daß das streitende Objekt wirklich zum pecul. advent. irregulare gehöre, Marezoll S. 449 fgg.

3) Erwerb des Parens durch die Kinder. §. 238.

Buchka, die Lehre von der Stellvertretung S. 8 fgg.

1) §. 4. J. de inutilib. stipulat. (3, 19): Si quis alii, quam cujus juri subjectus est, stipuletur, nihil agit. — — Ei, qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris, quia vox tua tamquam filii sit, *sicuti filii vox tamquam tua intelligitur in iis rebus, quae tibi acquiri possunt.*

2) *Paul.* l. 130. de V. O. (45, 1): Quod dicitur patrem filio utiliter stipulari, quasi sibi ille stipularetur, hoc in his verum est, quae juris sunt, quaeque acquiri patri possunt; alioquin si factum conferatur in personam filii, inutilis erit stipulatio, veluti ut tenere ei vel ire agere liceat. Contra autem filius etiam, ut ire patri liceat, stipulando acquiret ei; imo et quod in suam personam conferre non potest, hoc patri acquiret.

4) Von den Verbindlichkeiten des Vaters und des Kindes aus den Handlungen des Letzteren.

a) Verpflichtung des Kindes. §. 239.

1) *Gai.* l. 141. §. 2. de V. O.: Pupillus licet, ex quo fari coeperit, recte stipulari potest, tamen si in parentis potestate

est, ne auctore quidem patre obligatur; pubes vero qui in potestate est, proinde, ac si paterfamilias, obligari solet.

2) *Ulp.* l. 57. pr. de judic. (5, 1): Tam ex contractibus, quam ex delictis in filiumfamilias competit actio.

3) *Gai.* l. 39. de O. et A. (44, 7): Filiusfamilias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur, et ob id agi cum eo tamquam cum patrefamilias potest.

4) *Ulp.* et *Paul.* l. 44. 45. de peculio (15, 1): Si quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores, filium in solidum, et patrem duntaxat de peculio. (l. 45). Ideoque si pater filio peculium ademisset, nihilominus creditores cum filio agere possunt.

5) *Ulp.* l. 1. §. 9. de separat. (42, 6): Si filiifamilias bona veneant, qui castrense peculium habet, an separatio fiat inter castrenses creditores ceterosque videamus. Simul ergo admittentur, dummodo si qui cum eo contraxerunt, antequam militaret, fortasse debeant separari, quod puto probandum. Ergo qui ante contraxerunt, si bona castrensia distrahantur, non possunt venire cum castrensibus creditoribus. Item si quid in rem patris versum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, quum possit potius cum patre experiri.

Anm. Ueber die Exekution in das Vermögen des Hauskindes und die dabei vorkommenden verschiedenen Fälle vgl. Fritz im Arch. für ziv. Prax. XI. S. 21 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. cit. Not. 79, und über l. 1. §. 9. de separat., Fritz im Arch. XII. S. 328 fgg.

b) Verpflichtung des Vaters.

Inst. IV. 7. quod cum eo contractum est, qui in aliena potestate est; Dig. XIV. 5. quod cum eo, qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur; Cod. IV. 26. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur, vel de peculio, sive quod jussu, aut de in rem verso. — Buchka, die Lehre von der Stellvertretung. S. 22 fgg.

Gai. l. 1. quod cum eo, qui in al. pot. Omnia proconsul agit, ut qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiamsi deficient superiores actiones, id est exercitoria, institoria, tributoria, nihilominus tamen, in quantum ex bono et aequo res patitur, suum consequatur. Sive enim jussu ejus, cujus in

potestate sit, negotium gestum fuerit, in solidum eo nomine judicium pollicetur; sive non jussu, sed tamen in rem ejus versum fuerit, eatenus introducit actionem, quatenus in rem ejus versum fuerit; sive neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit.

α) Im Falle eines Befehls. §. 240.

Dig. XV. 4. quod jussu. — Glück XIV. S. 423 fgg., Thibaut im Archiv für ziv. Prax. XII. No. 10, Müller, ziv. Abh. No. 4, Kritz, Pandektenrecht I. S. 465 fgg., Schmid im ziv. Arch. XXIX. S. 111 fgg., Buchka, Stellvertretung S. 33 fgg., Chambon, Beiträge zum Oblig. R. I. S. 175 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Merito ex jussu domini in solidum adversus eum judicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet.

2) *Idem.* l. 1. §. 5. eod.: Quid si dominus fidejusserit pro servo? Ait Marcellus, non teneri Quod jussu, quasi extraneus enim intervenit. Neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fidejussionis, sed quia aliud est jubere. Denique idem scribit, etsi inutiliter fidejusserit, tamen eum non obligari, quasi jusserit, quae sententia verior est.

3) §. 8. J. quod cum eo, qui in al. pot. (4, 7): Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset.

Anm. Bei der actio Quod jussu kommen insbesondre folgende Punkte in Betracht:

1) Sehr streitig ist es, an wen das Geheiß des Vaters gerichtet sein müsse, um diese Klage zu begründen, ob an den Sohn oder an den dritten Kontrahenten? Während man früher gewöhnlich einen Befehl an den Sohn als nothwendig voraussetzte, vertheidigen insbesondre Thibaut, Müller, Buchka und Chambon citt. die Ansicht, daß in beiden Fällen gleichmäßig die actio quod jussu angestellt werden könne, und Kritz und Schmid citt. wollen dieselbe nur zulassen, wenn sich der Vater mit seinem Geheiß an den Kontrahenten des Sohns gewendet habe. Ich halte auch noch jetzt, ungeachtet der ausführlichen Gegendeduktion von Schmid, eben so wie in den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs, die Meinung Thibaut's für die richtigere. In der That beweis't schon der Namen der Klage sehr bestimmt, daß dieselbe recht eigentlich für den Fall eingeführt war, wenn der Herr den Sklaven oder der Vater das Hauskind mit dem Abschlusse des Geschäfts beauftragt hatte, denn es ist doch unleugbar, daß

nur unter Voraussetzung eines solchen Gewalts-Verhältnisses der Ausdruck **jussus** als technischer sich rechtfertigen läßt. Und dieses wird denn auch durch zahlreiche Quellen-Zeugnisse unterstützt, so namentlich durch die Worte des Prätor in l. 2. quod cum eo (14, 5):

„sive sua voluntate, *sive jussu ejus, in cujus potestate erit, contraxerit*";

durch den Ausspruch des Theophilus IV. 7. §. 1:

„nam *si jussu domini mecum contraxerit,* mihique obligatus fuerit, adversus ipsum dominum actionem habebo Quod jussu";

durch die Parallele der actio quod jussu mit der actio institoria und exercitoria in §. ult. J. quod cum eo (4, 7), indem doch bei den beiden letztren Klagen der Auftrag unzweifelhaft nicht an den dritten Kontrahenten, sondern an den Faktor gerichtet wird; durch den Ausspruch Ulpian's in l. 1. §. 2. h. t., wo offenbar ein Befehl an den Sohn vorausgesetzt wird, indem nur unter dieser Voraussetzung verlangt werden kann, daß der dritte Kontrahent von dem Widerruf des Befehls in Kenntniß gesetzt werden müsse *(„et me certiorasset")*, und dieses kann auch nicht durch den Einwand von Schmid S. 124. unsicher gemacht werden, denn die Worte: hoc jussum beziehen sich nicht etwa auf das vorher von Ulpian angeführte einzelne Beispiel, sondern offenbar auf das jussnm patris überhaupt; vgl. auch noch l. 1. §. 4. eod.:

„Sed et si servi chirographo subscripserit dominus, tenetur Quod jussu",

und l. 1. §. 6. eod.:

„Si ratum habuerit quis, quod servus ejus gesserit vel filius, Quod jussu actio in eum datur".

Daß alle diese Aussprüche sich theils gar nicht, theils nur sehr gezwungen erklären lassen, wenn man dabei nicht einen an den Sohn oder Sklaven gerichteten Befehl voraussetzt, bedarf wohl keiner besondren Ausführung. — Auf der andren Seite scheint es aber auch eben so unzweifelhaft zu sein, daß die actio Quod jussu auch in solchen Fällen statthaft ist, in denen der Vater seinen Willen dem dritten Kontrahenten gegenüber erklärt hat, vgl. bes. l. 1. §. 1. h. t., l. 13. C. quod cum eo (4, 26), l. 1. C. Th. quod jussu (2, 31), und es erklärt sich dies freilich auch leicht, da ja doch immer in einem solchen Auftrage des Vaters an den Dritten sich der Wille desselben ausspricht, daß der Sohn das fragliche Geschäft abschließe, und also auch in Fällen dieser Art stets, wenigstens indirekt, ein jussus patris vorhanden ist.

2) Bestritten ist auch die andre Frage, in wessen Angelegenheiten, ob des Sohnes oder Vaters, das aufgetragene Geschäft geschlossen sein müsse? Während nämlich Viele der Ansicht sind, es müsse in Angelegenheiten des Sohnes kontrahirt werden, z. B. Glück XIV. S. 425, Schmid, von Klagen und Einreden §. 1410, v. Wening §. 217, nimmt Müller a. a. O. gerade das Umgekehrte an, und Thibaut, Schmid und Chambon citt. unterscheiden nicht, sondern meinen, die Klage sei in dem einen, wie in dem anderen Falle statthaft; vgl. auch Du Roi im civ. Arch. XL. S. 56 fgg. Die zweite Meinung, welcher z. B. auch Fritz in der neuesten Ausg. des Wening'schen Lehrb. beigetreten ist, vgl.

auch dess. Erläutr. H. III. S. 247. und Buchka a. a. O., ist gewiß die richtigste, denn nicht nur, daß in mehreren Stellen bestimmt genug hierauf hingewiesen worden ist, l. 5. §. 2. de in rem verso (15, 2) [„quod servus *domino* emit“], l. 1. §. 1. quod jussu (15, 4) [„periculo meo“], so spricht hierfür auch entscheidend die abgedruckte l. 1. §. 5. quod jussu, die sich nur unter dieser Voraussetzung gehörig erklären läßt, vgl. auch l. 25. pr. §. 1. ad SC. Vellej. (16, 1). Wenn man sich für die erste Ansicht vorzüglich auf l. 5. pr. quod jussu beruft, so ist dies jedenfalls unstatthaft, denn es wird hier nicht die a. quod jussu abgesprochen, weil das Geschäft die Angelegenheiten des Vaters betraf, sondern vielmehr, weil hier wirklich blos der Vater den Kontrakt abgeschlossen hatte, weshalb auch in einem solchen Falle alle Klage gegen das Hauskind selbst wegfällt, l. 4. C. quod cum eo (4, 26). Wenn sich aber Thibaut auf mehrere Gesetze beruft, deren ganz allgemeine Fassung einen Beweis für seine Ansicht enthalten soll, vgl. l. 1. 2. pr. quod cum eo (14, 5), l. 1. pr. quod jussu, so ist dagegen zu erinnern, daß ja zur Zeit der Pandektisten regelmäßig jedes Geschäft des Hauskindes als die Angelegenheit des Vaters betreffend anzusehen war, da der Sohn, abgesehen vom kastrensischen Pekulium, noch nichts Eigenes hatte, und daß also eine stete besondere Hervorhebung des Satzes, daß das Geschäft die Angelegenheiten des Vaters betreffen müsse, eben so wenig als nöthig erschien, wie beim Sklaven. — Ist nnn aber die hier vertheidigte Meinung richtig, so geht daraus das allerdings praktisch bedeutende Resultat hervor, daß die a. quod jussu unstatthaft ist, wenn der Sohn h. z. T. mit Auftrag oder Konsens seines Vaters Geschäfte abschließt, welche sich auf das dem Sohne eigenthümlich zugehörige Vermögen beziehen, und daß also auch überhaupt gegen den Vater in einem solchen Falle nur dann eine Klage zuläßig ist, wenn dieselbe nach den Prinzipien über mandatum qualificatum gerechtfertigt werden kann.

3) So wenig man auch die heutige Anwendbarkeit der a. quod jussu mit Grund bezweifeln kann, so sehr muß man doch auf der anderen Seite anerkennen, daß sie nach dem neueren Rechte nicht mehr eine actio necessaria, sondern nur eine utilis ist; denn nicht nur, daß in den Fällen ihrer Anwendbarkeit unter Umständen auch direkte Klagen gegen den Vater in der Art zugelassen sind, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset, §. 8. J. quod cum eo, qui in al. pat., l. 29. de R. C. (12, 1), l. 17. §. 5. de instit. act. (14, 3), l. 84. pro soc. (17, 2), vgl. darüber Chambon cit. S. 257 fgg., Savigny, Oblig. II. S. 33 fg., Dietzel SC. Maced. S. 67 fg., Ders. in Bekker's Jahrb. III. S. 83 fgg., so konkurriren damit, auch elektiv theils die actio mandati contraria (vor welcher jedoch die actio Quod jussu Manches zum Voraus hat, vgl. Schmid S. 141 fgg.), theils die actio exercitoria institoria und quasi institoria, Chambon a. a. O. S. 240 fgg.

β) Wegen eingeräumten Pekuliums.

1) Actio de peculio. §. 241.

Dig. XV. 1. de peculio; XV. 2. quando de peculio actio annalis est. — Unterholzner, Schuldverhältn. I. S. 425 fgg.,

Marezoll in Gießer Zeitschr. N. F. V. S. 211 fgg., s. auch *Keller*, comm. ad l. si ex duobus 32. pr. §. 1. de pecul. Gott. 1828, Dess. Litiskont. S. 420 fgg. S. 544 fgg., Dietzel in Bekker's Jahrb. des gem. d. R. II. S. 1 fgg. bes. S. 19 fgg., Ders. ebendas. S. 415 fgg., Keller ebendas. III. S. 153 fgg., Bekker in Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsr. IV. S. 506 fgg.

1) *Gai.* l. 29. §. 1. h. t.: Etiam si prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio. — 2) *Paul.* l. 47. pr. eod.: Quoties in taberna ita scriptum fuisset: cum Januario servo meo geri negotium veto, hoc solum consecutum esse dominum constat, ne institoria teneatur, non etiam de peculio.

3) *Ulp.* l. 58. de R. J.: Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari. — 4) *Idem.* l. 3. §. 12. h. t.: Ex furtiva causa filio quidem familias condici posse constat, an vero in patrem vel in dominum de peculio danda est, quaeritur. Et est verius, in quantum locupletior dominus factus esset, ex furto facto actionem de peculio dandam. — 5) *Idem.* l. 3. §. 11. eod.: Papinianus scribit, judicati quoque patrem de peculio actione teneri. Quod et Marcellus putat etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati, nam sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi, proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem.

6) *Ulp.* l. 30. h. t.: Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, quum ageretur, si modo sit rei judicatae tempore? Proculus et Pegasus nihilominus teneri ajunt; intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio.

7) *Paul.* l. 52. pr. h. t.: Respondi, nullum privilegium praeponi patri vel domino potest, quum ex persona filii vel servi de peculio conveniuntur; plane in caeteris creditoribus habenda est ratio privilegiorum. — 8) *Gai.* l. 10. eod.: Si adhuc in suspenso est prius judicium de peculio, et ex posteriore judicio res judicaretur, nullo modo debet prioris judicii ratio haberi in posteriore condemnatione, quia in actione de peculio occupantis melior est conditio. Occupare autem videtur non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam judicis pervenit.

2) Actio tributoria. §. 242.

Dig. XIV. 4. de tributoria actione. — Glück XIV. S. 267 fgg., Unterholzner, Schuldverh. I. S. 435 fgg.

1) §. 3. J. quod cum eo, qui in al. pot. (4, 7): Introduxit et aliam actionem praetor, quae tributoria vocatur. Namque, si servus in peculiari merce sciente domino negotietur, et quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita praetor jus dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur et caeteros pro rata portione distribuatur. Et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, ei actionem accomodat, quae tributoria appellatur.

2) *Ulp.* l. 5. §. ult. h. t.: Tributio autem fit pro rata ejus, quod cuique debeatur, et ideo si unus creditor venit desiderans tribui integram portionem, consequitur. Sed quoniam fieri potest, ut alius quoque vel alii existere possint mercis peculiaris creditores, cavere debet creditor iste, pro rata se refusurum, si forte alii emerserint creditores; [*Paul.* l. 6. eod.] non enim haec actio, sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit, sed aequalem conditionem quandoque agentium.

3) *Ulp.* l. 1. h. t.: Hujus quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet — —, tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocetur. — 4) *Idem.* l. 5. §. 6. 7. eod.: In tributum autem vocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercis. [§. 7.] Sed est quaesitum, dominus utrum ita demum partietur ex merce, si quid ei mercis nomine debeatur, an vero et si ex alia causa? Et Labeo ait, ex quacunque causa ei debeatur, parvique referret, ante mercem, an postea ei debere quid servus coeperit; sufficere enim, quod privilegium deductionis perdidit.

5) *Ulp.* l. 5. §. 15. eod.: Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in iisdem confundendi erunt, et omnes in tributum vocandi; utputa duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores? Puto, separatim eos in tributum vocari, unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi credidit.

γ) Im Falle einer in rem versio. §. 243.

Dig. XV. 3. de in rem verso. — *Rössing*, de versione in rem. Gott. 1799, Glück XIV. S. 400 fgg., *Seuffert*, de in rem vers. act. Wirceb. 1822, Kritz, Pandektenrecht I. S. 429 fgg., Unterholzner, Schuldverh. I. S. 421 fgg., Buchka, Stellvertretung S. 29 fgg., Leist, das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögens-Angelegenheiten. Jena 1855. S. 61 fgg., Witte Bereicherungs-Klagen S. 256 fgg.; vgl. auch die bei §. 241. angeff. Schriften von Keller, u. s. auch Jacobi in Jhering's Jahrbb. IV. S. 224 fgg.

1) §. 4. J. quod cum eo qui in al. pot.: Praeterea introducta est actio de peculio deque eo, quod in rem domini versum erit, ut quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen, sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum praestare debeat, sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus praestare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quicquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus eam solverit, vel aedificia ruentia fulserit, aut familiae frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus fuerit. Item si ex decem, ut puta aureis, quos servus tuus a Titio mutuos accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes, pro caeteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio sit; ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una est actio, qua de peculio deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes; itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit, nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum.

2) *Ulp.* l. 3. §. 2. h. t.: Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, quotiesque aliquid consumsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem.

3) *Idem* l. 3. §. 7—9 eod.: Unde recte dicitur, et si frumentum comparavit servus ad alendam domini familiam et in horreo dominico reposuit, et hoc periit vel corruptum est vel arsit, videri versum. — — Sed si sic accepit, quasi in rem domini verteret, nec vertit, et decepit creditorem, non videtur versum, nec tenetur dominus, ne credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas servi noceret.

4) *Idem* l. 10. §. 6 eod.: Versum autem sic accipimus, ut duret versum; et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum vel filio. Si tamen in necem creditoris, id est perdituro servo vel filio, solutum sit, quamvis solutum sit, desinit quidem versum, aequissimum autem est, de dolo malo adversus dominum aut patrem competere actionem, nam et peculiaris debitor, si fraudulenter servo solverit, quod ei debebat, non liberatur.

Anm. Ob und in wie weit eine Ausdehnung der actio de in rem verso über das väterliche und resp. herrschaftliche Verhältniß hinaus, wegen l. 7. §. 1. C. quod cum eo (4, 26) anzunehmen sei, darüber s. Kämmerer in Gießer Zeitschr. VIII. S. 350 fgg., wo sich auch eine zahlreiche Literatur über diese Streitfrage bemerkt findet; vgl. auch Sell, zivil. Vers. Bd. I. S. 43 fgg., Kritz, Rechtsfälle Bd. I. S. 129 fgg., Dessen Pandektenr. I. S. 441 fgg., Fritz, Erläutr. zu Wening H. III. S. 248 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. II. §. 102. Note 86, Chambon, Negotior. Gestio. S. 191 fgg., Savigny, Oblig. II. S. 31 fgg.

δ) Von dem Verhältniß dieser verschiedenen Klagen zu einander. §. 244.

1) §. 4. [s. §. 243. T. 1.] und §. 5. J. quod cum eo: Caeterum dubium non est, quin is quoque, qui jussu domini contraxerit — —, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit, sed erit stultissimus, si, omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, et tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, aeque de peculio et in rem verso agere potest; sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio et in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio praecipua non est, id est, quod domino debetur, non

deducitur, sed ejusdem juris est dominus, cujus et caeteri creditores, at in actione de peculio ante deducitur, quod domino debetur, et in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur, at in tributoria ejus tantum, quod negotiatur, et potest quis tertia forte parte peculii aut quarta vel etiam minima negotiari, majorem autem partem in praediis et mancipiis, aut fenebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem vel illam eligere debet; certe, qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet.

2) *Ulp.* l. 9. §. 1. de tribut. act. (14, 4): Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio, an tributoria, quum scit sibi regressum ad aliam non futurum. Plane si quis volet ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio, audiendus erit.

c) Vom SCtum Macedonianum. §. 245.

Dig. XIV. 6. de SCto Macedoniano; Cod. IV. 28. ad SCtum Macedonianum. — *Donell.* comm. jur. civ. XII. c. 24 sqq., Glück XIV. S. 302 fgg., *Loebenstern* de SCto Macedon. Marb. 1828, Unterholzner, Schuldverh. I. S. 147 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. II. §. 108. Note 36 fgg., Dietzel, das SC. Macedonian. Leipzig 1856; vgl. auch Schwanert, Naturalobligat. S. 341 fgg., *Machelard*, des obligat. naturelles p. 110 sqq.

1) *Ulp.* l. 1. h. t.: Verba Senatusconsulti Macedoniani haec sunt: „*Cum inter caeteras sceleris causas Macedo, quas „illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et „saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pe„cuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus cre„deret, placere: ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam „dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in pote„state fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo „exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen „exspectata patris morte fieri*“.

2) *Idem* l. 3. §. ult. eod.: Si a filiofamilias stipulatus sim, et patrifamilias facto crediderim, sive capite deminutus sit, sive morte patris vel alias sui juris sine capitis deminutione fuerit effectus, debet dici, cessare SCtum, quia mutua jam

patrifamilias data est: [*Scaevola* l. 4 eod.] quia, quod vulgo dicitur: *filiofamilias credi non licere*, non ad verba referendum est, sed ad numerationem.

3) *Sever.* et *Antonin.* l. 3. C. h. t.: Si filiusfamilias aliquid mercatus pretium stipulanti venditori cum usurarum accessione spondeat, non esse locum SCto, quo foenerare filiisfamilias est prohibitum, nemini dubium est. Origo enim potius obligationis, quam titulus actionis considerandus est.

4) *Ulp.* l. 9. §. 4. 5, l. 10, l. 11. h. t.: Sed et ipse filiusfamilias non repetit, quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare lex eos voluit. [§. 5.] Quamquam autem solvendo non repetant, [l. 10.] quia naturalis obligatio manet, [l. 11.] tamen, si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur Senatusconsulti exceptione. Vgl. Mühlenbruch, Lehrbuch III. §. 575. Note 8.

5) *Pompon.* l. 20. h. t.: Si is, cui, dum in potestate patris esset, mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus per ignorantiam facti novatione facta, eam pecuniam expromisit: si petatur ex ea stipulatione, in factum excipiendum erit. — Vgl. Mühlenbruch im ziv. Arch. II. S. 429. Not. 43, Dietzel a. a. O. S. 135.

6) *Ulp.* l. 14. de R. C. (12, 1): Si filiusfamilias contra SCtum mutuatus pecuniam solverit, patri numos vindicanti nulla exceptio objicitur; sed si fuerint consumti a creditore numi, Marcellus ait, cessare condictionem, quoniam toties condictio datur, quoties ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transiisset; in proposito autem non esse. Denique per errorem soluti contra SCtum crediti magis est, cessare repetitionem. — 7) *Ulp.* l. 9. §. 1. h. t.: Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? Et ait Julianus, si quidem hac conditione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem, et fieri numos accipientis; si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse, et ideo, si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere. — Ueber die Vereinigung dieser beiden Stellen, die beide aus demselben Buche Ulpian's (*Ulp.* lib. XXIX. ad Edict.) entlehnt sind,

vgl. Glück XIV. S. 317 fgg., Puchta, Vorles. II. ad §. 306, Sintenis II. §. 108. Not. 43, Dietzel a. a. O. S. 122 fgg., Witte, Bereicherungkl. S. 299 fgg., Schwanert, Naturaloblig. S. 192 fgg., *Machelard* l. c. p. 114 sqq.

Anm. Die exceptio SCti Macedoniani fällt ausnahmsweise hinweg,

1) für den Sohn allein, so daß also der Vater, wenn er mit der condictio mutui de peculio belangt wird, sich derselben noch immer bedienen kann:

a) wenn der Sohn ein castrense peculium hat, bis zum Belauf desselben, l. 1. §. ult., l. 2. h. t. Unbedenklich muß das auch auf das quasi castrense und das s. g. adventit. irregulare bezogen werden, obgleich Manche in Betreff des letzteren a. M. sind, vgl. Glück XIV. S. 349. (Wenn jetzt Dietzel S. 151. die Einrede sogar im Falle eines pecul. advent. *regulare* wegfallen lassen will, so ist dies gewiß grundlos). Daß das Darlehn gerade für ein pec. cast. oder quasi castr. gemacht sei, wie Mühlenbruch §. 575. geg. E. annimmt, ist eine willkührliche Beschränkung.

b) wenn vom Sohn nach aufgelöster väterlicher Gewalt das Darlehn anerkannt wird, l. 2. C. h. t. Auch eine stillschweigende Anerkennung genügt, vorausgesetzt, daß sie sich wirklich auf die ganze Schuld erstreckt, vgl. *Ulp.* l. 7. §. ult., l. 9. h. t.

> Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit SCtum, nec solutum repetere potest. Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit, SCti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem.

Liest man diese Stellen in unmittelbarem Zusammenhange, wie dies nothwendig ist, indem die wenigen Worte der l. 8. offenbar ein von den Kompilatoren eingezwängter Zwischensatz sind, so ist ihr unzweifelhafter Sinn der: in einer theilweisen Zahlung liegt, wenn nicht protestirt wird, eine Anerkennung des ganzen Darlehns, während eine Pfandbestellung die exc. SCti nur für den Werth des Pfandes aufhebt. Doch sind Viele a. M., indem sie entweder auch den ersten Theil der Stelle von einer theilweisen Anerkennung verstehen wollen, und dann statt: Sed si paterfam. lesen: *Sed et si* paterfam., vgl. die bei Glück XIV. S. 324. Not. 39. Angeff., und siehe auch Puchta, Lehrbuch §. 306. Note cc, Dietzel S. 132 fgg., *Machelard* cit. p. 118 sqq., oder indem sie umgekehrt den zweiten Theil des Gesetzes anders auslegen, und hierher gehört namentlich Schöman, Handbuch II. S. 210 fgg., welcher die l. 9. so überträgt: „Hätte aber der Darlehnsschuldner als Hausvater ein Pfandstück gegeben, so muß er sich nach gezahlter Schuld, wofür er es gegeben hatte, die Retention desselben auch in Betreff des Geldbarlehns noch gefallen lassen". Vgl. überhaupt Glück XIV. §. 901, Francke, zivil. Abhandlung S. 125 fgg., Madai in seinen Ausg. des Mühlenbr. Lehrb. §. 575. Note 23.

2) Für den Sohn und Vater fällt die exc. SCti hinweg

a) wenn der Gläubiger gute Gründe hatte, das Hauskind für einen aterfamilias zu halten, l. 3. pr. §. 1, l. 19. h. t., l. 1. 2. C. h. t. Doch

schadet die Wissenschaft eines correus stipulandi auch den übrigen, l. 7. §. 7. h. t. — Nicht selten wird hier ein Unterschied gemacht, ob das Hauskind selbst sich betrüglich für einen Hausvater ausgegeben habe, in welchem Falle nur dem Hauskinde die exc. SCti entzogen sei, oder ob der Irrthum des Kreditors auf anderen Gründen beruhe, wo dann der Vater wie das Kind von der Einrede ausgeschlossen seien, s. z. B. Glück XIV. S. 350. 351, Göschen, Grundriß S. 252. 253, Vorlesungen §. 480 u. A. m. Da aber nach l. 1. C. h. t. auch im ersten Falle die Einrede nur dann wegfällt, wenn der Kreditor gute Gründe hatte, dem Vorgeben des Kindes zu vertrauen („ejusque affirmationi credidisse te justa ratione edocere potes"), so erfordert die Konsequenz die Gleichstellung beider Fälle, um so mehr, da ja doch das ganze Gesetz nur eigentlich gegen betrügerische Kreditoren gerichtet ist. Die richtige Ansicht scheint auch in neuerer Zeit immer mehr Anerkennung zu finden, vgl. z. B. Mühlenbruch, Lehrbuch §. 575. Note 19, Thibaut, System §. 271, Wening §. 268. gegen Ende, Schweppe IV. §. 660, Puchta §. 306. a. E., Unterholzner I. S. 150. Note c, Dietzel S. 26 fgg.

b) Wenn das aufgenommene Geld in den Nutzen des parens verwandt worden ist, l. 7. §. 12. 13. h. t., l. 2. 5. C. h. t., Nov. 115. c. 3. §. 13. Inwiefern dies der Fall sei, ist nach den Grundsätzen der actio de in rem verso zu beurtheilen, und namentlich muß darnach auch entschieden werden, ob der Vater auch dann von der exc. SCti ausgeschlossen ist, wenn er in effectu keinen Vortheil aus dem Darlehn des Sohnes gezogen hat, vgl. Marcian. l. 47. §. 1. de solut. (46, 3):

> Sic et Scaevola in filiofamilias putabat Macedonianum cessare, si in necessarias causas filius mutuam pecuniam acceperit, et eam perdiderit.

Wenn hieraus Manche, z. B. *Fromann*, de SCto Maced. §. 31. folgern, daß die exc. auch dann wegfalle, wenn der Sohn das Geld verschleudert habe, so ist dies ganz unzulässig, vgl. bes. l. 3. §. 7. 9. de in rem verso (§. 243. T. 3); Dietzel S. 36 fgg.

c) Wenn der Hausvater in das Darlehn eingewilligt hat, l. 2. C. h. t. Die Einwilligung kann auch stillschweigend durch konkludente Fakta geschehen, l. 7. §. 15. h. t., und wird auch schon dann als vorhanden angenommen, wenn der Vater von dem Geschäfte weiß, und es doch geschehen läßt, l. 12. 16. h. t. („debet pater, si actum filii sui improbat, continuo testationem interponere contrariae voluntatis"). Eben so wird die Einwilligung des Vaters auch dann angenommen, wenn er das Kind zu seinem institor ernennt, oder es zuläßt, daß dasselbe mit seinem pecul. profectitium Handelsgeschäfte treibt, nam si scit eum negotiari, etiam hoc permisisse videtur, si non nominatim prohibuit, mutuam accipere, l. 7. §. 11. h. t. — Wenn der Vater ein, ohne seinen Konsens abgeschlossenes Darlehn ratihabirt, so wird dies so angesehen, als ob er gleich Anfangs eingewilligt hätte, l. ult. pr. C. h. t.

d) Wenn das Hauskind ein Darlehn aufgenommen hat um einen Kreditor zu befriedigen, dem die exceptio SCti nicht entgegen gestanden haben würde, l. 7. §. 14. h. t.

e) Wenn das Hauskind zur Zeit des Darlehns Soldat war, Justinian. l. ult. §. 1. C. h. t.

Si filiusfamilias miles pecuniam creditam acceperit, sive sine mandato, sive consensu vel voluntate vel ratihabitione patris, stare oportet contractum, nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae, vel ubi consumtae sint. In pluribus enim juris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui juris sunt, et ex praesumtione omnis miles non creditur in aliud quicquam pecuniam accipere et expendere, nisi in causas castrenses.

Verführt durch die letzten Worte — welche offenbar nur das nicht ganz scharf gedachte Motiv angeben sollen, während die eigentliche gesetzliche Sanktion mit den Worten consumtae sint schließt —, verführt durch diese letzten Worte faßt Mühlenbruch §. 575. g. E. dieses so auf: „Sogar wird vermuthet, daß das von einem Soldaten, welcher ein castr. pecul. hat, gemachte Darlehn auch auf dieses Vermögen verwandt sei". Hiernach bringt er also die ganze Bestimmung mit dem oben bei 1. a. angegebenen Satze in Verbindung, und läßt folgeweise die exc. SCti nur für den Sohn, nicht auch für den Vater wegfallen, vgl. auch Puchta, Lehrb. §. 306. Note t. Offenbar aber ist diese Auslegung nur unter Voraussetzung der schon gerügten willkürlichen Annahme möglich, daß die exceptio nur dann für den Sohn wegfalle, wenn das Darlehn gerade für ein pec. castr. gemacht sei, und überdies widerstreitet dieselbe der bestimmt ausgesprochenen Gleichstellung der beiden Fälle: wenn das Darlehn mit oder ohne Konsens des Vaters gemacht ist („sive sine mandato, sive consensu patris"). Es ist daher gewiß richtiger, wenn man mit der herrschenden Lehre sagt: die exc. SCti fällt für den Sohn und für den Vater weg, wenn der Sohn zur Zeit des Darlehns Soldat war, und auch das muß man noch hinzufügen, daß selbst der Beweis, das Darlehn sei nicht in causas castrenses verwendet worden, keine Aenderung hervorbringen kann, vgl. auch Thibaut, log. Ausl. §. 18. S. jetzt auch Madai in seinen Ausg. des Mühlenbruch'schen Lehrb. §. 575. Note 22, wo jedoch auch nur theilweise die Darstellung Mühlenbruch's berichtigt ist, und Dietzel S. 22 fgg.

f) Wenn gar kein wahres Darlehn vorhanden ist, etwa, weil der Kreditor noch unmündig ist, oder als Hauskind gar kein seiner freien Disposition unterworfenes Vermögen hat: so versteht sich's von selbst, daß die exc. SCti hinwegfällt, wenn das Gegebene mit einer vindicatio oder einer condictio sine causa zurückgefordert wird, l. 3. §. 2. h. t. Allerdings bemerkenswerth aber ist es, daß wenn der Gläubiger minderjährig ist, er sich mit voller Wirksamkeit gegen die exc. SCti in integrum restituiren lassen kann, „ut magis aetatis ratio, quam SCti habeatur", l. 11. §. 7. de minorib. (4, 4), und wäre in einem solchen Falle auch noch das Hauskind selbst minderjährig, so fällt die Restitution des Gläubigers nur dann hinweg, wenn der filiusfamilias minor gar nicht bereichert ist, l. 34. pr. de minor.

Andere Ausnahmen giebt es nicht, und namentlich kann eine Entsagung des Hauskindes während der väterlichen Gewalt die Wirksamkeit des Senats=

beschlusses nicht aufheben, und zwar nach richtiger Meinung selbst dann nicht, wenn dieselbe eidlich bestärkt wäre, vgl. darüber Glück XIV. §. 900.

C. Rechtsmittel aus der väterlichen Gewalt. §. 246.

Dig. XLIII. 30. de liberis exhibendis item ducendis; Cod. VIII. 8. de liberis exhibendis seu deducendis, et de libero homine exhibendo. — Strippelmann, neue Samml. der Entscheidungen des O. A. G. zu Cassel. Bd. IV. Abth. I. S. 95 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. §. 2. de R. V. (6, 1): Per hanc autem actionem [sc. rei vindicationem] liberae personae, quae sunt juris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur aut praejudiciis, aut interdictis, aut cognitione Praetoria, et ita Pompon. libr. XXXVII, nisi forte, inquit, adjecta causa quis vindicet. Si quis ita petit: *filium suum* vel: *in potestate ex jure Romano*, videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse; ait enim, adjecta causa ex lege Quiritium vindicare posse. Vgl. auch Muther, Sequestration. Beil. V. S. 391 fgg.

2) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Ait praetor: *Qui quaeve in potestate L. Titii est, si is eave apud te est, dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas.*

3) *Idem* l. 3. pr. eod.: Deinde ait Praetor: *Si L. Titius in potestate L. Titii est, quo minus eum L. Titio ducere liceat, vim fieri veto.*

III. Entstehung der väterlichen Gewalt.

Allgemeine Uebersicht der Entstehungsgründe. §. 247.

Insbesondere:

A. Durch Adoption.

Inst. I. 11. de adoptionibus, III. 10. de adquisitione per arrogationem; Dig. I. 7. de adoptionibus et emancipationibus rel.; Cod. VIII. 48. de adoptionibus. — Schmitt, die Lehre von der Adoption. Jena 1825, *Schoenberg*, de adoptione, qualis

apud Romanos fuerit. Berol. 1860. — Zimmern, Rg. I. §. 220 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 139.

1) Begriff und Arten. §. 248.

1) *Modestin.* l. 1. §. 1. h. t.: Adoptionis nomen est quidem generale; in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera arrogatio. Adoptantur filiifamilias; arrogantur, qui sui juris sunt.

2) §. 5. J. de adopt.: Licet autem et in locum nepotis vel pronepotis, vel in locum neptis vel proneptis vel deinceps adoptare, quamvis filium quis non habeat.

3) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 7. C. de hered. instit. (6, 24): Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Cum igitur, quod patrem tuum voluisse facere dicis, irritum sit, portionem hereditatis, quam is, adversus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi praeses provinciae curae habebit.

Anm. Wenn Manche, ungeachtet der abgedr. l. 7. C., doch die Möglichkeit einer Adoption an Bruders, oder gar an Vaters Statt statuiren wollen, vgl. z. B. Thibaut §. 381. a. E., und sich dafür wohl gar auf l. 42. pr. de bon. libert. (38, 2): „Filius, qui patri heres exstitit, fratrem exheredatum arrogavit" rel. berufen, so ist dies durchaus unstatthaft, denn in jener Stelle ist ja offenbar nicht davon die Rede, daß man Jemanden an Bruders Statt arrogire, sondern nur davon, daß ein Bruder an Sohnes Statt angenommen wird. Man hat also freilich auch nicht nöthig, diese Stelle mit v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 209. Note 10. und Mühlenbruch, Lehrb. S. 551. Note 2. dadurch erklären zu wollen, daß man auf l. 58. §. 1. de hered. inst. (28, 5) verweist, denn dieses Gesetz behandelt einen ganz verschiedenen Fall: „Qui frater non est, si fraterna caritate diligitur, recte cum nomine suo sub appellatione fratris heres instituitur". Vergl. jetzt auch Madai zu Mühlenbruch a. a. O.

2) Von der Adoption im engeren Sinne.

a) Voraussetzungen derselben. §. 249.

1) *Justinian.* l. 11. C. h. t.: Veteres circuitus in adoptionibus, quae per tres emancipationes et duas manumissiones in filiis, aut per unam emancipationem in caeteris liberis fieri solebant, corrigentes sive tollentes, censemus licere parenti,

qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat, sine vetere observatione emancipationum et manumissionum, hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestare, praesente eo, qui adoptatur et non contradicente, nec non eo, qui eum adoptat.

2) *Cels.* l. 5. h. t: In adoptionibus eorum duntaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur; sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est vel consentiendo vel non contradicendo.

3) *Ulp.* l. 25. §. 1. h. t.: Neque adoptare, neque arrogare quis absens, nec per alium ejusmodi solemnitatem peragere potest.

Anm. 1. Was die Erforderniſſe der Adoption anbelangt, ſo pflegt man wohl als leitende Grundſätze die aufzuſtellen, daß die Adoption die Natur nachahme, §. 4. J. h. t., l. 16. D. h. t., l. 23. pr. de lib. et post. (28, 2), daß ſie ein ſubſidiäres Mittel ſei, ſich ein Kind zu verſchaffen, und daß ſie weder dem Adoptivkinde, noch einem Dritten nachtheilig ſein dürfte, Glück II. S. 343, Konopak, Inſtitutionen §. 147. Note p, v. Buchholtz, juriſtiſche Abhandlungen S. 207 fgg., Heimbach in Weiſke's Rechtslex. I. S. 159 fgg. u. A. m. So wahr nun auch im Allgemeinen dieſe Sätze ſind, und ſo gut ſie dienen können, die einzelnen geſetzlichen Erforderniſſe zu erklären, ſo wenig darf man dieſelben doch als Prinzipien betrachten, aus denen ſelbſtſtändige neue Konſequenzen gezogen werden könnten. Denn die Römer ſind weit entfernt, jene Sätze immer feſtzuhalten, und ſo iſt es z. B. doch gewiß keine Nachahmung der Natur, daß auch ein Zeugungsunfähiger, l. 2. §. 1. h. t., oder ein Unverheiratheter, l. 30. eod., adoptiren kann, oder daß der, welcher keinen Sohn hat, Jemanden als Enkel adoptiren darf, l. 37. pr. eod. — Die einzelnen geſetzlichen Requiſite, abgeſehen von der Adoptionshandlung, ſind aber folgende:

1) Ein Kaſtrat kann nicht adoptiren, §. 9. J. h. t. Da aber ſonſt die Regel gilt: illud utriusque adoptionis commune est, quod et hi, qui generare non possunt, adoptare possunt, l. 2. §. 1, l. 40. §. 2. h. t., und in unſerem Rechtsbuche nur die Kaſtraten ausgenommen ſind, ſo dürfen wir gewiß nicht auf die bloſe Auktorität des Theophilus, l. 11. §. 9, auch die thlibiae [i. e. qui a nutrice forte aut matre testiculorum contritionem passi sunt, *Theoph.* l. c.] als adoptionsunfähig betrachten, a. M. iſt Marezoll in v. Löhr's Magazin IV. S. 382 fgg. Daß übrigens Spadonen aller Art nur ſelten ein Kind in eine adoptio plena aufnehmen können, liegt in der Natur der Sache, weil ja dazu regelmäßig gehört, daß man leiblicher Aſzendent des zu adoptirenden Kindes iſt, ſ. auch *Theoph.* l. c. und Marezoll a. a. O.

2) Der adoptans muß um eine plena pubertas älter ſein, als der adoptandus, §. 4. J. h. t., l. 40. §. 1. h. t. Die auch noch in neuerer Zeit nicht ſelten vorkommende Behauptung, daß man, wenn man Jemanden an

Enkels Statt annehme, 36 Jahre älter sein müsse u. s. f., Glück II. S. 354, Konopak, Instit. §. 152, *Schoenberg* cit. p. 21. not. 55, ist eine ganz unzulässige Konsequenz aus dem Satze: **adoptio naturam imitatur.** Doch muß gewiß in dem gleich nachher bei Nr. 3. zu nennenden Falle, wenn ein Vater Jemanden als Enkel von einem bestimmten Sohne mit der Einwilligung des Letztren adoptirt, das Alter des **adoptandus** nach dem Alter dieses Sohns, nicht aber nach dem des **adoptans** bemessen werden; vgl. auch Schmitt S. 19 fgg.

3) Der Adoptant muß **sui juris** sein. Doch kann durch Adoption auch ein Hauskind dann in Vater-Verhältnisse kommen, wenn der Vater Jemanden als Enkel von diesem Sohne annimmt, wozu aber doch der Konsens dieses Sohnes erforderlich ist, „**ne ei invito suus heres agnascatur**“ §. 7. J. h. t. Wäre die Adoption in einem solchen Falle ohne Konsens des Sohnes erfolgt, so fällt nach dem Tode des Vaters der adoptirte Enkel nicht in die Gewalt des Sohnes, während sich dieses im Falle einer erfolgten Einwilligung allerdings anders verhält, l. 10. 11. h. t.

4) „**Eum, quem quis adoptavit, emancipatum vel in adoptionem datum iterum non potest adoptare**“, l. 37. §. 1. h. t. Seinen leiblichen emanzipirten oder in Adoption gegebenen Sohn kann man dagegen allerdings redadoptiren, l. 12. h. t., in welchem Falle derselbe aber doch nicht eigentlich wie ein Adoptiv-, sondern vielmehr wie ein leibliches Kind gilt, Papinian l. 23. pr. de lib. et post. (28, 2):

> „— — **nam in omni fere jure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligatur, ne imagine naturae veritas adumbretur**“.

Doch ist dies nicht ohne Ausnahme wahr, indem namentlich der Redadoptatus nicht wieder in das alte Verhältniß zu seinen, in der Gewalt des Großvaters zurückgebliebenen Kindern tritt. Modestin l. 41. h. t.:

> „**Si pater filium, ex quo nepos illi est in potestate, emancipaverit, et postea eum adoptaverit, mortuo eo nepos in patris non revertitur potestatem. Nec is nepos in patris revertitur potestatem, quem avus retinuerit filio dato in adoptionem quem denuo redadoptavit**“.

5) Durch Justinian ist die früher erlaubte Adoption von Konkubinenkindern des Adoptans verboten worden, l. 1. C. de natural. liber. (5, 27), Nov. 74. c. 3, Nov. 89. c. 7. fin. cap. 11. §. 2. Da diese Bestimmung in unverkennbarem Zusammenhange mit der Legitimation steht — wo Legitimation möglich ist, soll keine Adoption Statt finden —, und da h. z. T. anerkannt die Legitimation auch bei anderen, als Konkubinen-Kindern vorkommt, so läßt es sich rechtfertigen, wenn man jetzt jene Verordnung auf uneheliche Kinder überhaupt, nicht blos auf Konkubinen-Kinder anzuwenden pflegt. Wenn umgekehrt Schmitt S. 34 fgg. die ganze Vorschrift Justinian's für h. z. T. weggefallen erklärt, so beruht dies auf keinem haltbaren Grunde.

6) Eine Adoption soll nicht auf eine Zeit lang, sondern nur auf immer geschehen, „**nec enim moribus nostris convenit, filium temporalem habere**“, l. 34. h. t. Daß dadurch eine nachherige Emanzipation des Adoptiv-Kindes nicht ausgeschlossen werden soll, versteht sich von selbst.

Was man noch außerdem als Erforderniſſe der Adoption anzugeben pflegt, namentlich, daß in manchen Fällen nur nach vorgängiger causae cognitio dieſelbe zu geſtatten ſei, vgl. z. B. Glück II. S. 345. 346. 357, Puchta, Syſt. S. 252. Nro. 8, Lehrb. §. 443. Note v, Konopak, Inſtitut. §. 152. N. 1. 5, Mühlenbruch, Lehrb. §. 552. No. 5. 6, Heimbach in Weiſke's Rechtslex. I. S. 160 fgg. u. ſ. w., bezieht ſich nur auf Arrogation, indem die dafür angeführten Geſetze, namentlich l. 15. und l. 17. h. t., wenn man den ganzen Zuſammenhang, und nicht blos das allerdings hier und da gebrauchte Wort *adoptare* berückſichtigt, nur eben von der Arrogation ſprechen. Bei der datio in adoptionem kommt nirgends in unſeren Geſetzen eine causae cognitio vor, indem es hier durchaus dem in Adoption gebenden Vater überlaſſen iſt, das Beſte des Kindes zu bedenken; vgl. auch Buchholtz, juriſtiſch Abhandl. S. 216 fgg., Sintenis a. a O. Note 24, Arndts §. 424. Anm. 1.

Anm. 2. Was die Adoptionshandlung ſelbſt anbelangt, ſo vergleiche man über die alte Form („veteres circuitus in adoptionibus", l. 11. C. h. t.), *Gai.* l. 143. und die dort von Göſchen Angeführten und dazu beſ. Huſchke, Studien I. S. 204 fgg., *Scheurl,* de modis liberos in adoptionem dandi. Erl. 1850, *Schoenberg* cit. p. 36 sqq. Die ſehr einfachen neuen Formen ſiehe in l. 11. C. h. t. (T. 1.) wobei nur vorzüglich hervorzuheben iſt, daß immer die Gegenwart ſämmtlicher drei Intereſſenten erfordert wird, l. 11. C. cit., vgl. l. 24, l. 25. §. 1. h. t. Dies mit Buchholtz S. 211. Note 14. h. z. T. für unanwendbar erklären zu wollen, weil nach l. 11. C. cit. die Adoption aufgehört habe, eine legis actio zu ſein, iſt ganz grundlos.

Anm. 3. Bei den nichtjuriſtiſchen Klaſſikern wird ſehr häufig eine *adoptio per testamentum* erwähnt. So viel möchte hier gewiß ſein, daß eine bloſe letztwillige Beſtimmung niemals zur Erwerbung von Kindesrechten hingereicht habe. Zweifelhaft und beſtritten aber iſt es, ob nicht überhaupt dieſe ſ. g. adoptio nur eine Erbeinſetzung unter der Bedingung, den Namen des Teſtator anzunehmen, geweſen ſei, was beſonders Dirkſen, Verſuche S. 73 fgg. vertheidigt, oder ob der ſo Adoptirte dadurch nicht wenigſtens das Recht erhielt, nachher von der Staatsgewalt die Arrogation vornehmen zu laſſen, und dadurch wirklich in die Familie des Teſtator einzutreten, wie dies nach dem Vorgang von Cujacius obs. VII. 7. die Meiſten vertheidigen, z. B. Zimmern §. 223, Schweppe, Rg. §. 380 a. E., Hugo, Rg. 11te Aufl. S. 489 fgg. Für die letztere Anſicht möchte auch die Erzählung von Appian de B. C. III. 14, vgl. mit Dio Cass. XLV. 4, XLVI. 47. entſcheiden, der in dem Teſtamente des Julius Cäſar adoptirte Oktavian habe darüber nach dem Tode des Erſteren noch einen Volksſchluß faſſen laſſen, um namentlich in die Patronatsrechte über die Freigelaſſenen eintreten zu können. — Wie ſich dies aber auch verhalten haben mag, vgl. jetzt auch Bachofen, ausgewählte Lehren S. 228 fgg., Rein, das Privatrecht der Römer vor Juſtinian S. 480 fgg., Vering, röm Erbr. S. 150 fgg., ſo iſt doch ſo viel gewiß, daß von dieſer Adoption praktiſch kein Gebrauch gemacht werden kann, da ſie im Juſtinianiſchen Rechtsbuche durchaus nicht erwähnt wird.

b) Wirkung derselben. §. 250.

1) *Modestin.* l. 1. pr. h. t.: Filiosfamilias non solum natura, verum et adoptiones faciunt.

2) *Paul.* l. 23. eod.: Qui in adoptionem datur, his, quibus agnascitur, et cognatus fit, quibus vero non agnascitur, nec cognatus fit; adoptio enim non jus sanguinis, sed jus agnationis affert. Et ideo si filium adoptaverim, uxor mea illi matris loco non est, neque enim agnascitur ei, propter quod nec cognata ejus fit. Idem nec mater mea aviae loco illi est, quoniam his qui extra familiam meam sunt, non agnascitur; sed filiae meae is, quem adoptavi, frater fit, quoniam in familia mea est filia, nuptiis tamen etiam eorum prohibitis.

3) *Paul.* l. 35. eod.: Per adoptionem dignitas non minuitur sed augetur; unde Senator, etsi a plebejo adoptatus est, manet Senator; similiter manet et Senatoris filius.

4) *Julian.* l. 27. h. t.: Ex adoptivo natus adoptivi locum obtinet in jure civili.

5) §. 2. J. h. t.: Sed hodie ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, jura potestatis naturalis patris minime dissolvuntur, nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sunt. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno, filium suum dederit in adoptionem: in hoc casu, quia in unam personam concurrunt et naturalia et adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi et naturali vinculo copulatum et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et potestate hujusmodi patris adoptivi sit.

6) *Justinian.* l. 10. §. 4. C. h. t.: Quae in filio diximus in adoptionem a patre dato, haec et in filia et in nepote et nepte deinceps personis utriusque sexus in sacris patris constitutis extendimus, si tamen tempore mortis avi sui parentes eos vel eas non antecedant. Si enim patres eos antecedant, ubi nec imponitur necessitas avo aliquid nepoti vel nepti relinquere, maneant omnia jura adoptiva ei intacta.

Anm. Von dem entschiedensten Einflusse auf die Wirkungen der datio in adoptionem war die Verordnung von Justinian in l. 10. C. h. t., die sich im Auszug findet in §. 2. J. h, t. (T. 5) und §. 14. J. de heredit. quae ab int. (3, 1), vgl. v. Löhr in seinem und Grolm. Mag. III. S. 386 fgg. Hiernach nämlich soll die datio in adoptionem nur dann alle Wirkungen, die früher mit jeder Adoption verbunden waren, hervorbringen (s. g. adoptio plena, vgl. §. 8. J. quib. mod. jus pot. solv.), wenn

1) das Hauskind einem leiblichen Aszendenten desselben in Adoption gegeben wird. Justinian nennt freilich nur den mütterlichen oder väterlichen Großvater, Urgroßvater u. s. f., aber ohne Zweifel muß dasselbe angenommen werden, wenn der Großvater seinen Enkel dem emanzipirten Vater desselben in Adoption giebt.

2) Wenn der, welcher ein Kind in einer plena adoptio hat, dasselbe weiter in Adoption giebt. So ganz entschieden, wie namentlich v. Löhr a. a. O. S. 391 fgg. Note 3. meint, ist dies freilich nicht. Zwar wird in der l. 10. cit. durchgängig nur von dem pater *naturalis* gesprochen, und auch in den beiden oben angeführten Institutionen-Stellen findet sich diese Bezeichnung; aber sicher soll damit der in Adoption gebende Parens bezeichnet werden, ohne daß gerade die leibliche Vaterschaft desselben hervorgehoben werden soll. Ausdrücklich ausgeschlossen, wie v. Löhr glaubt, ist also unser Fall gewiß nicht, sondern offenbar hat Justinian gar nicht an denselben gedacht. Nun ist auch ferner nicht zu verkennen, daß dieselben Gründe, aus denen das von seinem leiblichen Vater in Adoption gegebene Kind eines gesetzlichen Schutzes bedürftig war, auch bei dem Kinde eintreten, welches von seinem Adoptiv-Vater in weitere Adoption gegeben wird, und daß also die Konsequenz dieselbe Entscheidung beider Fälle fordern würde. Aber deßungeachtet muß man dieß doch wohl in Abrede stellen, weil bei korrektorischen Gesetzen — und ein solches ist die l. 10. C. cit. — Ausdehnung nach dem blosen Grunde des Gesetzes nicht statthaft ist. (Wenn Büchel, Streitfragen aus Nov. 118. S. 39. Note 6. in dieser Darstellung einen innern Widerspruch findet, so beruht dies auf einem handgreiflichen Mißverständniß. Während ich nämlich nur sage, daß Justinian sicher an den Fall, wenn ein Adoptivvater das Kind in weitere Adoption gebe, gar nicht gedacht habe, und also der von ihm gebrauchte Ausdruck; pater *naturalis* auch nicht dazu bestimmt gewesen sei, den Adoptivvater auszuschließen, sondern nur dazu, um den in Adoption gebenden Parens zu bezeichnen: so versteht mich Büchel so, als wenn ich gesagt hätte, Justinian habe allerdings auch an den Adoptivvater gedacht, aber diesen unter dem Ausdruck pater naturalis mit begreifen wollen. Wenn ich nun nachher hinzufüge, wir müßten dennoch den pater adoptans ausschließen, weil bei korrektorischen Gesetzen eine Ausdehnung nach dem blosen Grunde des Gesetzes nicht statthaft sei, so mußte freilich Büchel hierin einen Widerspruch mit meiner angeblichen früheren Behauptung finden, während ein solcher in Wirklichkeit auch nicht entfernt vorhanden ist. Wie hätte ich auch wohl zu der absurden Behauptung kommen sollen, Justinian habe mit den Worten pater naturalis den leiblichen und den Adoptivvater bezeichnen wollen! Da ich nun auch in dem von Büchel a. a. O. noch außerdem Bemerkten keinen Grund zu Aenderung meiner Ansicht finden kann, indem ich noch immer überzeugt bin, daß die

Konsequenz die gleiche Entscheidung beider Fälle fordern würde: so habe ich die obige Darstellung völlig unverändert beibehalten. Vgl. jetzt auch Sintenis a. a. O. Note 20 bei Nr. 3).

3) Wenn das in Adoption gegebene Kind noch nicht in unmittelbarem Erbrechts-Verhältniß mit dem parens naturalis steht, wenn also z. B. ein Enkel bei Lebzeiten des Sohnes in Adoption gegeben wird. Sollte der in der Mitte stehende parens bei Lebzeiten des Großvaters wegfallen, so daß also nun ein unmittelbares Erbrechts-Verhältniß Platz greift, so verwandelt sich die adoptio plena in eine minus plena, vgl. l. 10. §. 4. C. h. t. (T. 6) und Löhr a. a. O. — Wenn Schmitt §. 52 fgg. S. 96 fgg., dem jetzt auch *Schoenberg* cit. p. 96 sqq. beistimmt, diesen dritten Fall ganz leugnet, und also auch bei entfernteren Deszendenten, die in keinem unmittelbaren Erbverhältniß zu dem Hausvater stehen, immer eine adoptio minus plena annehmen will, wenn ein Extraneus sie adoptire: so beruht dies auf einer so gewaltsamen Interpretation der l. 10. §. 4. C. cit., daß mir eine besondre Widerlegung überflüssig erscheint, und gewiß ist auch die Meinung Thibaut's, Syst. §. 381. Note c. (9. Ausg. §. 776. Note i.) nicht zu billigen, welcher in einem solchen Falle wenigstens von Anfang an immer eine adoptio minus plena annehmen will, die sich aber später dann in eine adoptio plena umwandle, wenn der in Adoption gebende Parens gestorben sei, ohne daß das Kind in unmittelbares Erbverhältniß zu ihm getreten sei; vgl. dagegen Lang im ziv. Arch. XXI. S. 430 fgg.

In allen anderen Fällen, also, wenn ein Hausvater seinen leiblichen suus einem extraneus in Adoption gegeben hat, ist die Adoption eine s. g. minus plena. Die verschiedenen Wirkungen dieser beiden Adoptionsarten zeigen sich besonders in der Lehre von dem Intestat- und dem s. g. Notherbrecht, und dort ist auch die wichtige Streitfrage zu erörtern, ob und in wieweit das Recht der l. 10. cit. durch die Nov. 118. abgeändert sei; vgl. unten §. 412. und §. 474. Ueber die Frage, ob auch die adoptio minus plena ein Ehehinderniß begründe, vgl. Lang im ziv. Arch. XXI. Nr. 12 und 17, Mühlenbruch, Lehrb. §. 504. Not. 17; und über das Erziehungsrecht im Fall der adoptio minus plena s. Burchardi im ziv. Archiv VIII. S. 183 fgg. — Wenn übrigens auch schon die Ansicht vertheidigt worden ist, daß das in eine plena adoptio gegebene Kind, wenn es von seinem Adoptiv-Vater emanzipirt worden sei, von selbst wieder in die frühere patria potestas zurückfalle, vgl. Konopak, Instit. §. 157. Note g. und §. 159. Note x, so ist dies gewiß irrig, denn die dafür angeführten Worte der l. 10. pr. C. cit.:

> „Sed haec omnia manere integra, nisi avus et proavus emancipatum fecerint filium adoptivum; *tunc enim necesse est iterum ad patrem naturalem eum reverti*, cum emancipationis interventu adoptio in quacunque persona facta solvitur",

sagen dies durchaus nicht. Betrachtet man sie im ganzen Zusammenhange des Gesetzes, so ist ihr Sinn nur der; wenn ein in eine plena adoptio gegebenes Kind aus der Adoptiv-Familie entlassen wird, so tritt ganz das frühere Recht ein, d. h. das Kind gehört nun wieder zu den *liberi* des parens naturalis, und erlangt demgemäß wieder die durch die Adoption gestörten Intestat- oder Notherbenrechte in das Vermögen desselben, s. auch v. Löhr a. a. O. S. 395 fgg. Note 1.

3) Von der Arrogation.

a) Im Allgemeinen. §. 251.

1) *Gai.* l. 2. pr. h. t.: Principis auctoritate adoptamus eos, qui sui juris sunt, quae species adoptionis dicitur arrogatio, quia et is, qui adoptat rogatur, i. e. interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, justum sibi filium esse, et is, qui adoptatur rogatur, an id fieri patiatur. Cf. Gai. comm. I. §. 99.

2) *Idem* l. 2. §. 2 eod.: Hoc proprium est ejus adoptionis, quae per Principem fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se arrogandum dederit, non solum ipse potestati arrogatoris subjicitur, sed et liberi ejus in ejusdem fiunt potestate tamquam nepotes.

3) Tit. J. de acquisitione per arrogationem (3, 10): Est et alterius generis per universitatem successio, quae neque lege XII. tabularum neque praetoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est. (§. 1.) Ecce enim, cum paterfamilias sese in arrogationem dat, omnes res ejus corporales et incorporales, quaeque ei debitae sunt, arrogatori ante quidem pleno jure acquirebantur, exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt operarum obligationes et jus agnationis —— (§. 2.) Nunc autem nos eandem acquisitionem quae per arrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum; nihil etenim aliud, nisi tantummodo ususfructus, tam naturalibus patribus quam adoptivis per filiumfamilias acquiratur in his rebus, quae extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro servato — — (§. 3.) Sed ex diverso pro eo, quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure arrogator non tenetur, sed nomine filii convenietur, et si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus, bona quae eorum cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecissent, possidere et legitimo modo ea disponere.

Anm. Für die Arrogation gelten zunächst sämmtliche Requisite, welche oben §. 249. Anm. 1. für die datio in adoptionem aufgestellt sind. Während nun aber bei der letzteren der Vater selbst dafür zu sorgen hat, daß für das Kind kein Nachtheil entstehe, muß bei der Arrogation die Obrigkeit eintreten. Bei dieser vorgängigen causae cognitio muß aber das Augenmerk der Obrigkeit insbesondere darauf gerichtet sein: a) ne forte turpis causa arrogandi subsit,

und deßhalb darf in der Regel dem Vormund, auch nach beendigter **tutela**, die Arrogation des Minderjährigen nicht gestattet werden, l. 17. pr., l. 32. §. 1. h. t., b) daß der Arrogator das sechszigste Jahr überschritten haben muß, l. 15. §. 2. h. t., c) daß nicht Jemand arrogire, welcher schon leibliche Kinder hat, l. 17. §. 3. h. t., d) daß nicht Jemand Mehrere arrogire, l. 15. §. 3. eod., e) daß nicht ein Armer einen Reichen als Kind annehme, l. 17. §. 4. eod. — Doch kann die Obrigkeit ausnahmsweise in allen diesen Fällen **ex justa causa** und wo es dienlich scheint, nach Stellung gehöriger Kaution, die Arrogation gestatten, vgl. die angeff. Gesetze und l. 17. §. 5. eod.

Ist nun das Ergebniß der vorgängigen **causae cognitio** genügend ausgefallen, so muß nach Justinianischem Recht immer noch ein **rescriptum principis** hinzukommen, §. 1. J. h. t., l. 2. pr. h. t. Ehedem geschah die Arrogation **per populum**, nämlich vermittelst einer **lex curiata**, und eben aus dieser solennen **rogatio populi** ist auch der Name zu erklären, *Gai.* I. 98. 99, *Ulp.* VIII. 2. *Gell.* noct. Att. V. 19 (welcher Letztere uns auch die Rogationsformel selbst aufbewahrt hat). Freilich aber war wenigstens schon vor Ende der Republik an einen eigentlichen Kuriatbeschluß nicht mehr zu denken, da die Kuriatkomitien schon zu Cicero's Zeiten gänzlich weggefallen waren, *Cic.* de lege agrar. II. 12. Bei der Arrogation vertraten in dieser Zeit offenbar die Pontifizes die Stelle der Kurien, vgl. *Gell.* cit. und ganz deutlich geht dies aus *Tacit.* hist. I. 5. hervor, wo Galba sagt: **si te privatus lege curiata apud Pontifices, ut moris est, adoptarem**, und deßhalb erließ denn auch Antonin eine in die **arrogatio** einschlagende **epistola** an die Pontifizes, *Gai.* I. 102. Als jedoch priesterlicher Einfluß mit der Zeit verschwand, so war es natürlich, daß ihre Kognition in Beziehung auf Arrogation aufhörte, und die neue Form **per principis rescriptum** eintrat, um so mehr, als der **princeps** dem Priester-Kollegium vorstand. Eingeführt aber wurde diese neue Form der Arrogation sehr wahrscheinlich durch Diocletian, vgl. l. 2. C. h. t.

b) Insbesondere von der Arrogation eines Unmündigen.
§. 252.

Anm. Nach dem älteren Rechte konnte Niemand, der unter eigentlicher Tutel stand, also weder Weiber nach Unmündige, arrogirt werden, *Gai.* I. 101. 102, *Ulp.* VIII. 5, *Gell.* N. A. V. 19. Für die Weiber fiel dies später, namentlich nach dem Verschwinden der Geschlechts-Vormundschaft ganz hinweg, und ihre Arrogation steht ganz unter den allgemeinen Prinzipien. Aber auch für Unmündige wurde durch eine **epistola** von Anton. Pius die Arrogation gestattet, jedoch nur unter mehrfachen Beschränkungen, *Gai.* I. 103. Nicht nur nämlich, daß eine genaue **causae cognitio** vorhergehen muß, wobei außer den bei jeder **arrogatio** zu beachtenden Punkten auch noch namentlich darauf Rücksicht zu nehmen ist, in wiefern die Arrogation für die Erziehung des Pupillen zuträglich sein möchte („**cujus vitae sit is, qui pupillum velit redigere in familiam suam**") l. 17. §. 2. h. t. und nicht nur, daß sämmtliche Tutoren dabei auktoriren

müssen, l. 5. C. de auct. praest. (5, 59), so muß auch der Arrogator einer öffentlichen Person Satisdation leisten, daß er, wenn der Arrogatus in der Unmündigkeit versterben sollte, das Vermögen desselben denen heraus geben werde, welche ohne die Arrogation die nächsten Erben gewesen sein würden, §. 3. J. h. t., l. 18—20. h. t. Außerdem hat aber auch noch der impubes arrogatus einen Anspruch auf die s. g. Quarta Divi Pii, worüber noch folgende nähere Grundsätze aufzustellen sind:

1) Was die Größe derselben anbelangt, so wird ausdrücklich angegeben, daß sie eine quarta pars omnium bonorum sei, §. 3. J. h. t., l. 13. si quid in fraud. patr. (38, 5), l. 2. C. h. t. Bedenkt man nun, daß die Arrogation regelmäßig nur einem kinderlosen Greise erlaubt, so wie auch nicht Mehrere, sondern immer nur Einer arrogirt werden soll, so kam freilich diese Quart dem Pflichttheil der damaligen Zeit gleich, und es könnte dadurch leicht die Meinung entstehen, daß die spätere in Nov. 18. angeordnete Erhöhung des Pflichttheils auf ⅓ und resp. ½ auch hier eintreten müsse. Dieß ist aber darum unmöglich, weil Justinian dort ausdrücklich erklärt, diese Erhöhung solle auf diejenigen Personen angewendet werden, welche nach früherem Rechte die querela inofficiosi testamenti hätten. Der Unmündige aber hat, um seine Quart einzutreiben, nur eine persönliche Klage.

2) Durch die Arrogation tritt natürlich der Unmündige nicht weniger, wie ein Mündiger, in die gewöhnlichen Rechte eines suus heres. Gesetzt also, der Arrogator hat den nicht emanzipirten impubes nicht formell instituirt oder exheredirt, so eröffnet derselbe vermittelst der s. g. querela nullitatis juris antiqui die Intestatsuccession, und hätte er zwar formell, aber sine justa causa exheredirt, so stellt er zu eben diesem Zwecke die s. g. querela nullitatis juris novi aus der Nov. 115. an. Konsequent muß man dann auch ferner sagen, daß, wenn der Arrogator den suus impubes auf weniger einsetzte, als dessen nach der Nov. 18. berechneter Pflichttheil beträgt, sollte er ihm auch die Quarta Pii hinterlassen haben, doch die actio suppletoria auf Ergänzung des Pflichttheils zugestanden werden muß. Zwar sind sehr Viele und namentlich Francke, das Recht der Notherben §. 37, in allen diesen Beziehungen anderer Meinung, indem sie vielmehr annehmen, der impubes arrogatus habe nicht die gewöhnlichen Rechtsmittel der Notherben, sondern stets nur die persönliche Klage auf seine Quart; aber man muß sich nothwendig schon aus dem einfachen Grunde dagegen erklären, weil die constitutio divi Pii doch offenbar den impubes arrogatus begünstigen, ihn aber gewiß nicht in eine vielfach schlechtere Lage, als andere arrogati bringen wollte. Ueberdies aber müßten die Vertheidiger der Lehre, daß die Erbrechtsverhältnisse des impubes arrogatus nicht nach den allgemeinen Grundsätzen über sui, sondern nur nach der constitutio Pii zu beurtheilen seien, demselben konsequent auch alles Intestaterbrecht absprechen, und ihn auch hier blos mit einer persönlichen Klage auf seine Quart abfinden, was doch offenbar verkehrt ist. Es beruft sich aber Francke für seine Ansicht noch besonders auf l. 8. §. 15. de inoff. test. (5, 2), denn diese Stelle enthalte den vollen Beweis, „daß dem, welcher als Unmündiger arrogirt ist, die Querel nicht zusteht, sondern er nur

seine Quart von dem Erben einklagen kann", Francke S. 475. a. E. Die Worte Ulpian's sind folgende:

„Si quis impubes arrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querela, quum habeat quartam ex constitutione Divi Pii. Quod si egit nec obtinuit, an quartam perdat? et puto aut non admittendum ad inofficiosum, aut, si admittatur, etsi non obtinuerit, quartam ei quasi aes alienum concedendam".

Offenbar hat Francke hierbei die Worte: citra adoptionem *et emancipationem* übersehen, denn beachtet man diese, so kann der Sinn der Stelle nur der sein: „wenn ein Unmündiger, der schon für sich betrachtet so nah mit dem Testator verwandt ist, daß er die querela inoff. gegen dessen Testament anstellen kann, arrogirt und dann wieder emanzipirt ist, so kann ein solcher emanzipirter impubes nicht wegen seiner anderweiten Verwandtschaft die querela inoff. gebrauchen, weil er ja schon durch die ihm gebührende Quart hinlänglich gedeckt ist". Davon also, daß auch der nicht emanzipirte arrogatus impubes blos auf das Rechtsmittel aus der epistola Antonini beschränkt sei, enthält die Stelle kein Wort. Vielmehr tritt jeden Falls das eigene Recht dieser Konstitution nur dann ein, wenn der arrogirte Unmündige allgemeinen Grundsätzen nach nichts erhalten würde, also namentlich wenn er sine justa causa emanzipirt, und wenn er so exheredirt ist, daß er allgemeinen Prinzipien nach deßhalb keine Rechtsmittel hätte. Zwar behauptet Francke S. 477 fgg., daß der Anspruch auf die Quart dann wegfalle, wenn eine justa causa exheredationis da sei, aber es widerlegt sich dies, auch abgesehen von der vorhinnigen Ausführung, schon hinlänglich aus §. 3. J. h. t., wornach der Anspruch auf die Quart dann eintritt: si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit. Während also bei der Emanzipation ausdrücklich sine justa causa zugefügt ist, fehlt dieser Zusatz bei der Exheredation, vgl. auch die abgedr. l. 8. §. 15. de inoff. test. — Wenn jetzt Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 139. Note 45. obwohl er den Resultaten der hier gegebenen Erörterungen völlig zustimmt, sich mit meiner oben angedeuteten Beseitigung der l. 8. §. 15. de inofficioso testamento nicht einverstanden erklärt, indem er nicht wisse, worin denn eigentlich das erklärende Moment derselben liegen solle: so dürfte die Schuld dieses Nichtwissens doch schwerlich in meiner obigen Darstellung liegen, indem ich noch glaube, mit aller Schärfe das erklärende Moment hervorgehoben zu haben. Es liegt — ich muß es wiederholen — darin, daß Francke in l. 8. §. 15. cit. die Worte: *et emancipationem* nicht gehörig beachtet hat. Francke behauptet nämlich: das durch Arrogation eines Unmündigen begründete Kindes-Verhältniß sei dadurch ausgezeichnet, daß das sonst für sui geltende Notherbrecht dabei wegfalle, indem an dessen Stelle ausschließlich der Anspruch auf die Quarta D. Pii trete, und zum Beweise dieser Behauptung beruft er sich auf l. 8. §. 15. cit. Nun ist es aber doch von selbst klar, daß von einem durch Arrogation begründeten Notherbrecht möglicher Weise nur die Rede sein kann, wenn die Arrogation bis zum Tode des pater arrogator fortgedauert hat, indem durch frühere Emanzipation das ganze Kindes-Verhältniß

und folglich auch alles Notherbenrecht — natürlich mit Ausnahme des singulären Anspruchs auf die Quart — nothwendig zerstört wird; und daraus ergibt sich unmittelbar, daß Francke sich in keinem Falle zum Beweise seiner Behauptung auf eine Stelle berufen durfte, in welcher ein emanzipirter arrogatus vorausgesetzt wird; und da nun in der l. 8. §. 15. cit. gerade diese Voraussetzung vorkommt, so ist diese Stelle in jedem Falle für seine Behauptung irrelevant. Unsre Frage: ob dann, wenn während dauernder Adoption der pater arrogator stirbt, der impubes arrogatus immer nur die Klage auf die Quart habe, oder ob ihm nicht vielmehr die gewöhnlichen Klagen eines Suus zustehen, wenn deren Voraussetzungen begründet sind? konnte in der l. 8. §. 15. cit. gar nicht entschieden werden, und ist es auch nicht im Entferntesten. Der Fall des Gesetzes ist folgender: Es arrogirt Jemand einen unmündigen nahen Verwandten, der schon wegen seiner leiblichen Verwandtschaft ein Pflichttheilsrecht hat, also z. B. ein mütterlicher Großvater arrogirt einen unmündigen Enkel; nachdem er denselben sine justa causa wieder emanzipirt hat, stirbt er mit Hinterlassung eines Testaments, in welchem irgend ein Dritter zum Erben eingesetzt ist. Hier ist soviel gewiß, daß der emanzipirte arrogatus einen Anspruch auf die Quart hat, und zwar in Folge der Arrogation hat er nur noch diesen Anspruch, weil seine Suitätsrechte durch die Emanzipation wieder erloschen sind. Aber dieser arrogatus ist auch leiblicher Enkel des Erblassers, und als solcher hat er ein Pflichttheilsrecht; und da entstand nun die Frage, ob er nicht in dieser Qualität, als leiblicher Enkel, das Testament des Großvaters mit der querela innofficiosi testamenti umwerfen könne, und diese Frage verneint Ulpian, weil er ja in jedem Falle durch die Quarta omnium bonorum seinen vollen Pflichttheil aus der Erbschaft erlange, und dadurch seine Querel von selbst ausgeschlossen sei. Ganz anders aber würde die Entscheidung Ulpians ausgefallen sein, wenn der impubes arrogatus nicht emanzipirt worden wäre, und der pater arrogator ihn in seinem Testamente übergangen hätte; hier würde er ihn gewiß nicht blos, wie Francke annimmt, auf die Quart beschränkt, sondern er würde ihm unzweifelhaft, eben so wie einem pubes arrogatus, alle Rechtsmittel eines präterirten Suus in vollem Maaße eingeräumt haben; und die abweichende Entscheidung des vorigen wesentlich verschiedenen Falls kann uns nie zu der Annahme berechtigen, daß Ulpian auch diesen zweiten Fall eben so entschieden hätte.

3) Es ist bestritten, ob der impubes arrogatus seine Rechte auf die Quart auch dann behalte, wenn er später mündig geworden und dann emanzipirt oder exheredirt ist, oder ob dieselbe mit der Mündigkeit von selbst erlöschen? Francke a. a. O. S. 473 behauptet das Erste, während z. B. *Majans.*, de impuberum arrogatione, in Disput. T. I. Disp. 12. §. 22. das Letztere annimmt, und wohl mit größerem Rechte, denn auch die anderen Bestimmungen der constitutio Pii fallen hinweg, wenn der impubes die Jahre der Mündigkeit erreicht hat, und man muß also konsequent dies auch in Betreff der Quart annehmen. Ist der Unmündige in der Adoptiv-Familie mündig geworden, so tritt er nun in dasselbe Verhältniß ein, wie wenn er als Mündiger arrogirt worden wäre; s. jetzt auch Sintenis a. a. O. Not. 48.

4) Streitig ist auch noch, ob, wenn der sine justa causa emanzipirte impubes vor dem Arrogator stirbt, der Anspruch auf die Quart wegfalle, oder nicht? Da die Quart gleichsam wie ein aes alienum eingefordert wird, l. 8. §. 5. de inoff. test., so könnte man geneigt sein, das Letztere anzunehmen, und wirklich ist dies von Mehreren, namentlich nach dem Vorgange A. Faber's von Glück II. S. 387. VII. S. 26. behauptet worden, aber freilich gegen die klare Bestimmung der l. 1. §. 21. de collat. (37, 6), vgl. Francke S. 478 fgg.

5) Die Klage auf Herausgabe der Quart ist eine gewöhnliche actio personalis, vgl. l. 8. §. 15. de inoff. test., l. 1. §. 21. de collat., und sie muß also auch, sobald der arrogatus den Tod des Adoptiv-Vaters erlebt hat, und dadurch die Klage begründet ist, auf die Erben desselben übergehen, denn es können hier weder die Grundsätze der querela inoff. test., noch auch die der gewöhnlichen hereditatis petitio ab intestato entscheiden. — Hätte der Arrogator in der Absicht, dem impubes sein Recht zu schmälern oder zu entziehen, Veräußerungen vorgenommen, so werden analog die actio Faviana und Calvisiana angewendet, l. 13. si quid in fraud. patr. fact. sit (38, 5).

6) Daß übrigens dem impubes arrogatus stets, wenn er emanzipirt oder exheredirt wird, sein eigenes zugebrachtes Vermögen herausgegeben werden muß, versteht sich von selbst, und dies ist selbst dann der Fall, wenn er aus gerechtem Grunde emanzipirt ist, und also den Anspruch auf die Quart verloren hat, §. 3. J. h. t., l. 22. h. t., l. 1. §. 21. de collat.

4) Von der Adoption von Seiten einer Frau. §. 253.

Dioclet. et *Maxim.* l. 5. C. h. t.: Mulierem quidem, quae nec suos filios habet in potestate, arrogare non posse certum est. Verum quoniam in solatium amissorum tuorum filiorum privignum tuum cupis vicem legitimae sobolis obtinere: annuimus votis tuis secundum ea, quae annotavimus, et eum perinde atque ex te progenitum ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus. Cf. §. 10. J. h. t. — *Breuning,* de adoptione feminarum. Lips. 1773, Schmitt a. a. O. §. 10. 32. 69—72, Lang im civ. Arch. XXI. S. 451 fgg.

B) Durch Legitimation.

Cod. V. 27. de naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causis justi efficiantur. Nov. 74. 89. — *Jordens,* disputationes duae de legitimatione, in *Fellenb.* jurispr. ant. II. No. 17, Heimbach in Weiske's Rechtslex. XII. S. 17 fgg.

1) Einleitung. §. 254.

Anm. Die herrschende Lehre nahm von jeher an, daß nach römischem Rechte die Legitimation nur bei eigentlichen Konkubinen-Kindern habe vorkommen können, und die Anwendung derselben auf andre uneheliche Kinder erst durch das kanonische Recht begründet sei, vgl. c. 1. 6. 13. X. qui filii sint legitimi (4, 17). Dies wurde zwar schon früher von Reitz ad Theoph. I. 10. §. 13. (vol. I. p. 106 sqq. not. k.) und in neueren Zeiten bes. von Witte, das preuß. Intestaterbrecht S. 16 fgg. bestritten, indem Beide nachzuweisen suchen, daß schon im neueren römischen Rechte eine Ausdehnung der Legitimation auf andre uneheliche Kinder vorgekommen sei; aber gewiß mit vollstem Rechte ist die gemeine Meinung gegen diese Angriffe ausführlich und gründlich vertheidigt worden von R. Schneider in der Gieß. Zeitschr. XII. S. 326 fgg.; s. auch Heimbach a. a. O. S. 20 fg. Not. 110.

2) Von den einzelnen Arten der Legitimation.

a) Legitimatio per subsequens matrimonium.

§. 255.

Dieck, Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe. Halle 1832.

Anm. 1. Unsere älteren Juristen nahmen sehr gewöhnlich bei jeder Legitimation eine ganz unschädliche s. g. *fictio simplex* an, wornach nämlich fingirt werden soll, das uneheliche Kind sei ehelich geboren, und bei der legitimatio per subsequens matrimonium statuirten sie noch insbesondere eine freilich viel relevantere s. g. *fictio retrotractiva*, was so viel heißen soll, daß diese Legitimation nur da Statt finde, wo fingirt werden könne, daß die Personen, welche jetzt die Ehe eingehen, schon im Augenblick des früheren Konkubitus in der Ehe gelebt hätten. Sei also damals die Ehe unmöglich gewesen, so könne von einer legitimatio per subsequens matrimonium nicht die Rede sein. Es ist dies aber ganz irrig, denn, wenn man dafür insbesondere anführt, daß sich nur aus einer solchen Fiktion erklären lasse, weßhalb Konstantin eine Legitimation durch nachfolgende Ehe bei Kindern aus verbotenen Verbindungen nicht zulasse, so ist dies offenbar unwahr, da vielmehr der Grund jener Konstantinischen Beschränkung sehr einfach der ist, weil es der einzige Zweck des Kaisers war, dem Konkubinat indirekt entgegen zu wirken, weßhalb sich von selbst seine Verordnung auf die Kinder beschränken mußte, die in einer solchen erlaubten Geschlechtsverbindung erzeugt waren, vgl. Thibaut, Versuche I. Nr. 10.

Anm. 2. Ob auch incestuosi und adulterini durch nachfolgende Ehe legitimirt werden können, ist eine nach römischem Rechte freilich unbedingt zu verneinende Frage, da ja hiernach das ganze Institut der Legitimation sich blos auf Konkubinen-Kinder bezog. Für unser heutiges Recht muß aber doch gewiß

eine andere Entscheidung Platz greifen. Was nämlich zunächst die incestuosi anbelangt, so geht die Legitimations-Fähigkeit derselben durch eine nachherige, vermittelst Dispensation möglich gewordene Ehe unter den Konkumbenten aus cap. 6. X. qui filii sint legitimi (4, 17) hervor, denn dort wird ganz allgemein, mit einziger Ausnahme der adulterini, die Legitimation gestattet. In Betreff der adulterini beruhte aber die Entscheidung des cap. 6. cit. gewiß nur auf dem damals noch geltenden Prinzip, daß unter Ehebrechern die Eingehung einer Ehe nicht statthaft sei, wie dies namentlich aus den ursprünglichen, in dem corp. jur. can. freilich weggelassenen, Worten der Dekretale hervorgeht: quoniam inter se legitimum matrimonium contrahere non potuerunt. Nachdem durch spätere Dekretalen dieser Grundsatz hinweggefallen war, cap. 3. 6. X. de eo, qui duxit in matrim., quam polluit per adulter. (4, 7), mußte auch von selbst jene Konsequenz wegfallen, und es ist also allerdings für das neuere Recht die Legitimations-Fähigkeit der adulterini zu behaupten; denn daß aus der s. g. fictio retrotractiva nicht für die gegnerische Meinung argumentirt werden kann, geht aus der vorhergehenden Anm. hervor. A. M. ist jedoch in neuerer Zeit besonders Schrader, Abh. aus dem Zivilr. No. 1; vgl. aber dagegen außer den früheren *J. H. Böhmer,* J. E. P. IV. 17. §. 10. sqq., und Glück II. S. 292 fgg., auch noch *Schweikart,* de matrim. vi in liber. adulterin. legitimand. non deficiente. Regiom. 1823, und vorzüglich Dieck a. a. O. S. 143 fgg.; vgl. auch Heimbach a. a. O. S. 22 fg.

Anm. 3. Große Schwierigkeit haben unseren Interpreten die Worte Justinian's in §. 13. J. de nupt. (1, 10) gemacht. Dort heißt es nämlich:

„Is, qui a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat postea ex nostra constitutione, dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur; *quod et aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit*".

Da nämlich hiernach Justinian in den unterstrichenen Worten gesagt hätte: „auch den nachher in der Ehe geborenen Kindern habe seine Verordnung dasselbe Recht gegeben", was offenbar absurd ist, so verwerfen die bei Weitem Meisten jene Leseart, und suchen durch Konjektural-Kritik zu helfen, freilich auf sehr verschiedene Weise. Die nennenswerthen Versuche sind folgende: 1) *Cujacius* in seiner Ausg. der Institutionen liest: quod si alii liberi ex eodem matrimonio postea fuerint procreati, s. n. c. p. Ihm folgt auch im Wesentlichen Schrader in seiner Ausgabe („quod, et alii ex eodem matr. si fuerint procreati, sim. n. c. p."), dessen Lesart dann wieder die Gebrüder Kriegel adoptirt haben. — 2) Hotomannus in seinem Institutionen-Kommentar ad h. l. schlägt dagegen vor: quod etsi nulli alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati, rel., was allerdings einen sehr passenden Sinn geben würde, indem dann durch diese Worte der Inhalt der l. 11. C. h. t., wodurch die l. 10 eod. authentisch interpretirt wird, wiedergegeben sein würde. — 3) Muretus obss. jur. c. 11. liest: quod ei similiter aliis liberis, qui ex eod. matr. fuer. procr., nostra const. praeb., wornach der Sinn der sein würde, daß das vorher geborene Kind denjenigen gleichgestellt werden solle, welche nachher

geboren seien. — Mit ganz gleichem Sinne und geringerer Veränderung liest *Bynkershoek*, obss. jur. Rom. II. c. 11.: quod ut aliis liberis rel. — 5) Biener endlich in seiner Ausgabe der Institutionen schlägt vor: quod et aliis liberis ex eodem matrimonio procreatis similiter rel., was, sofern man nur diese Worte als Ablativ, nicht als Dativ, nimmt, denselben Sinn giebt, wie die Cujacische Lesart. — So sehr man auch den Scharfsinn dieser Konjekturen anzuerkennen Ursache hat, so sind sie doch alle mehr oder weniger willkürlich, indem sämmtliche Handschriften einstimmig oder doch nur mit ganz unwesentlichen Veränderungen die Lesart haben, die dem obigen Abdrucke zu Grunde liegt, und ganz so hat auch Theophilus in seiner Paraphrase gelesen. Kann also mit diesen Worten ein nur irgend erträglicher Sinn verbunden werden, so erscheint jede Konjektural-Kritik als unzulässig. Wirklich ist nun eine zweifache Auslegung möglich, deren keine den Vorwurf der Absurdität zu fürchten hat. Einmal nämlich kann man den Satz: quod et aliis liberis rel. von solchen Kindern verstehen, die im Konkubinate erzeugt, aber erst nach Abschließung der Ehe geboren sind. Daß dieser Fall besonders hervorgehoben wurde, war ganz natürlich, da ihn Justinian in seiner l. 11. C. de nat. lib. ausführlich bespricht, und daß die obigen Worte wirklich von diesem Falle verstanden werden können, lehrt der Augenschein. Aber freilich bleibt das Bedenken, daß der Kaiser, wenn er gerade dies hätte hervorheben wollen, sich doch wohl präziser ausgedrückt, und nicht ein wesentliches Merkmal dieses Falls ganz verschwiegen haben würde. Viel mehr für sich hat daher eine zweite Erklärung unserer Worte, die sich bei *Köhler*, interpret. et emendat. jur. Rom. l. c. 10. und Weber im zweiten Anhange zu seiner Ausgabe des Höpfner'schen Kommentars findet, wornach das Wort: *praebuit* nicht sowohl von einer gesetzlichen Verleihung, als vielmehr von einer faktischen Veranlassung zu verstehen ist. Justinian's Gedanke ist also folgender: „nicht nur um die vor Eingehung der Ehe geborenen Kinder haben wir uns verdient gemacht, sondern auch um die nachher geborenen; denn auch diese würden ohne unsere Verordnung blos naturales sein, indem ja nur durch unser Gesetz der Vater zur Eingehung der Ehe bewogen ist, und ohnedies im Konkubinate fortgelebt haben würde". Daß dieser Gedanke dem Kaiser nicht fremd war, daß er ihm vielmehr am Herzen lag, geht aus der öfteren Wiederholung desselben hervor, vgl. l. 10. C. de natur. lib.:

„cum enim adfectio prioris sobolis et ad dotalia instrumenta efficienda et ad posteriorem filiorum edendam progeniem praestiterit occasionem" rel.

l. 11. C. eod. und gleichlautend §. 2. J. de hered. quae ab int. def. (3, 1) verb.:

„sed etiam anteriores, qui et his, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis praestiterunt" rel.

Nov. 74. praef.

„neque ii, qui prius nati sunt, maneant naturales, sed et illi connumerentur suis, eo quod occasio omnino sunt eis nasci legitimis". (Homb.. „quia causam praebuerunt, ut illi nascerentur").

Nov. 89. c. 8. verb.:

„Affectus enim circa filios ita ei procedens, qui eum etiam ad dotale provocabit instrumentum, ipsis dedit secundis filiis o.casionem, qui postea nati sunt, legitimi juris".

b) Legitimatio per rescriptum principis. §. 256.

Anm. 1. Ob noch h. z. T. die Schranken, welche das römische Recht hierbei festsetzte — daß nämlich keine ehelichen Kinder vorhanden sind, und keine Ehe mit der Konkubine möglich ist, Nov. 74. c. 1, Nov. 89. c. 9. — zu beobachten seien, ist gewiß unbedingt zu bejahen. Zwar versteht es sich von selbst, daß der Regent auch in anderen Fällen die Legitimation vornehmen darf, aber das Kind und dessen Vater haben kein Recht darauf, sondern sie müssen es ganz der Gnade des Regenten überlassen, während wenn die gesetzlichen Bedingungen vorhanden sind, der Regent ohne Machtspruch die Legitimation nicht versagen darf. Daß also stets in dem Gesuch angeführt sein muß, ob jene Bedingungen vorhanden seien oder nicht, wenn nicht das Reskript als ein erschlichenes betrachtet werden soll, geht daraus von selbst hervor.

Anm. 2. Eine Unterart der legitim. per rescriptum ist die s. g. ***legitim. per testamentum***, welche Justinian in Nov. 74. c. 2. §. 1. einführte und in Nov. 89. c. 10. nochmals bestätigte. Der neueste Schriftsteller, Marezoll in der Gießer Zeitschr. I. S. 78 fgg., dem auch viele Neueren folgen, z. B. Wening §. 498, Mackeldey §. 554. Not. d. stellt darüber folgende Sätze auf:

1) Die Legitimation per testam. sei nur subsidiär gestattet; der Vater müsse schon vorher die Absicht gehabt haben, ein Reskript einzuholen, aber daran verhindert worden sein. Eine Folge davon sei dann namentlich auch die, daß wenn der Vater nach dem Testament noch länger lebe, so daß zur Einholung eines Reskripts ihm noch Zeit genug übrig sei, die deßfallsige testamentliche Bestimmung wegfallen müsse.

2) Das Testament müsse nothwendig ein schriftliches sein.

3) Der Vater müsse in dem Testament erklären, daß seine Kinder seine Intestaterben sein sollten. Wirklich sei auch die Folge der erlangten Legitimation die, daß die Kinder die Intestaterbschaft ihres parens erwürben, und daraus gehe von selbst hervor, daß das Testament kein gewöhnliches, normales sei, indem darin keine wahre Erbeinsetzung vorkomme, und daß darin unmöglich ein Dritter zum Erben ernannt werden könne, weil ja die gesetzliche Erbfolge Platz greife.

4) Die Kinder endlich müßten nach dem Tode ihres Vaters nicht nur unter Beilegung des Testaments um das Legitimations-Reskript einkommen, sondern auch nothwendig die väterliche Erbschaft als legitimi heredes annehmen. Eines ohne das Andere gehe nicht an; wollten sie Erben werden, so müßten sie sich legitimiren lassen, und wollten sie legitimirt werden, so müßten sie auch die Erbschaft antreten.

Von der Wahrheit dieser Theorie kann ich mich aber nicht überzeugen. Hält man nur fest, daß Justinian diese Legitimations-Art in Nov. 74. c. 2. einführt, und in Nov. 89. c. 10. diese frühere Vorschrift nur einfach wieder-

holen, nicht etwa wegen entstandener Zweifel authentisch interpretiren, und noch viel weniger etwas an der früheren Verordnung verändern wollte; erkennt man also an, daß die Nov. 74. das eigentliche Hauptgesetz, und nur hieraus die Nov. 89. zu interpretiren sei, so muß man nothwendig zu anderen Resultaten kommen. Die Nov. 74. c. 2. §. 1. lautet nämlich nach der Hombergkischen Uebersetzung so:

„Si tamen naturalium solum liberorum pater propter fortuitas quasdam circumstantias id non fecerit [scil. si preces imperatori non obtulerit, cf. princ.], moriens vero in uno ex praedictis casibus in testamento scripserit, se velle, ut liberi legitimi sint sibique succedant, etiam hujus rei licentiam ei concedimus, modo liberi post mortem patris etiam sic supplicent et hoc doceant et testamentum patris ostendant, et quatenus eos pater heredes scripserit, heredes existant, et hoc ab imperatore consequantur; ut id, quod agitur, patris simul et imperatoris donum sit, vel quod idem est, naturae simul et legis. Atque haec dicimus, nihil ex prioribus modis legitimis tollentes, sed et hunc addentes, in quibus eos accipere non licet. Legitimis enim existentibus, et naturalibus postea vel antea natis nequaquam jus legitimorum illis tribuatur, nisi per constitutiones nostras, quae modum dotalium instrumentorum introduxerunt“.

Hieraus nämlich geht hervor:

a) Die *legit. per testam.* kann nur dann vorkommen, wenn die Voraussetzungen der *legit. per rescriptum* vorhanden sind, aber diese aus irgend einem Grunde bei Lebzeiten des Vaters nicht nachgesucht ist. Daß der Vater erweislich die Absicht gehabt haben müsse, schon bei seinen Lebzeiten zu legitimiren, und daran durch Zufälligkeiten verhindert sei, davon sagt Justinian hier nichts („si id non fecerit“), und nur in Nov. 89. kommt die Wendung vor: Si non valuerit id agere, was uns aber nach der obigen Bemerkung gewiß nicht zur Annahme jener Beschränkung bewegen darf. Damit fällt denn auch von selbst die Behauptung Marezoll's hinweg, daß der Vater nach Errichtung des Testaments nicht wieder gesundet sein dürfe, eine Behauptung, die in dem Worte: *moriens* nur eine sehr schwache Stütze finden dürfte.

b) Der Vater muß das Kind zum Erben einsetzen und seinen Willen erklären, daß es *legitimus* sein solle. In der Vulg. kommen in Nov. 74. und 89. gleichmäßig die Worte vor, der Vater müsse seinen Willen erklären: sibi eos legitimos esse filios successores, und dies übersetzt Marezoll: daß die Kinder seine gesetzlichen Erben, also seine Intestaterben sein sollten. Es ist diese Uebertragung aber nach dem griechischen Text ganz unmöglich („*αὐτῷ γνησίους τοὺς εἶναι παῖδας καὶ διαδόχους*“); denn nicht nur, daß die Kopula *καὶ* dem schon entscheidend entgegensteht, so heißt ja auch bekanntlich *γνήσιος* (abgeleitet von *γίνομαι*) nicht schlechthin legitimus, sondern legitime natus, und es kann also *γνησίους* auch in der Nov. 89., wo die Kopula *καὶ* fehlt, unmöglich mit *διαδόχοις* zusammengefügt, und auf Intestat-Succession bezogen werden. — Was schon aus ganz entscheidenden grammatischen Gründen

angenommen werden mußte, daß hier nicht von Intestatsuccession die Rede sein könne (vgl. auch noch die Worte: ***quatenus eos pater heredes scripserit),*** das geht auch noch aus dem streng juristischen Grunde hervor, daß ein Testament ohne Erbeinsetzung ein non ens ist und ohne die deutlichsten Gesetzesworte nicht statuirt werden darf, und doch wäre nach Marezoll's Idee wirklich eine solche Monstrosität hier anzunehmen. — Hieraus resultirt von selbst, daß die weitere Behauptung Marezoll's, es dürften in einem solchen Testamente keine extranei zu Erben eingesetzt werden, ganz hinfällig ist, und auch das läßt sich nicht rechtfertigen, daß hier nicht ein testamentum parentum inter liberos genügend sei. Denn der von Marezoll S. 91 fgg. für das Gegentheil angeführte Grund, es setze ein solches Testament nothwendig eheliche Kinder voraus, kann, so wahr er an sich ist, hier nicht entscheiden, weil die liberi naturales hier schon als legitimi gelten. Wie hätten dieselben auch sonst zu beliebigen Quoten zu Erben eingesetzt werden können, da ja liberi naturales zur Zeit der Nov. 74. nur auf $\frac{1}{4}$ instituirt werden konnten, und dies erst durch Nov. 89. c. 12. abgeändert worden ist? — Ob das Testament ein schriftliches oder ein mündliches ist, kann auch keinen Unterschied machen; denn wenn Marezoll aus den Worten: ***scripserit*** **testamento** und ***ostendere*** patris testamentum die Nothwendigkeit der Skriptur erweisen will, so ist dies eine gewiß zu mißbilligende Buchstaben-Erklärung.

c) Das Kind muß die Erbschaft antreten und um ein Reskript nachsuchen, wobei ihm dann auch obliegt, die bei lit. a. und b. angegebenen Voraussetzungen zu beweisen. Insofern hat also Marezoll allerdings Recht, daß die Erbschaftsantretung eine conditio sine qua non der legitimatio per testam. ist. Wenn er aber auch umgekehrt annimmt, das Kind müsse, um die Erbschaft erwerben zu können, sich nothwendig legitimiren lassen, so ist dies nur wieder eine Folge seiner irrigen Grundansicht, daß hier nicht von testamentarischer, sondern nur von Intestat-Succession die Rede sei. Blos dann, wenn der Vater ausdrücklich oder stillschweigend die Legitimation als Bedingung der Erbeinsetzung aufstellte, oder wenn der väterliche Wille in einem testam. parentum inter liberos ausgesprochen war, läßt sich Marezoll's Behauptung rechtfertigen.

IV. Aufhebung der väterlichen Gewalt.

Inst. I. 12. quibus modis jus potestatis solvitur; Dig. I. 7. de (adoptionibus et) emancipationibus et aliis modis, quibus potestas solvitur; Cod. VIII. 49. de emancipationibus liberorum.

A. Durch Emanzipation. §. 257.

Scheltinga, de emancipationibus (1730, 31), in *Fellenb.* jurispr. ant. II. Nr. 18.

Justinian. l. 6. C. h. t.: Cum inspeximus in emancipationibus vanam observationem custodiri et venditiones in liberas

personas figuratas et circumductiones inextricabiles et injuriosa rhapismata, quorum nullus rationabilis invenitur exitus: jubemus hujusmodi circuitu in posterum quiescente, licentiam ei esse, qui emancipare vult, vel ex lege Anastasiana [l. 5. C. h. t.] hoc facere, vel sine sacro rescripto intrare competentis judicis tribunal, vel eos adire magistratus, quibus hoc facere vel legibus vel ex longa consuetudine permissum est, et filios suos vel filias, nepotes vel deinceps progeniem in potestate sua constitutam a sua manu dimittere, et legitima jura omnimodo habere, etsi non specialiter hoc sibi servaverit, et peculium donare, vel alias res liberalitatis titulo in eos transferre, et eas res, quae acquiri indignantur, per usumfructum secundum nostrae constitutionis modum detinere et omnia facere; vana tantummodo, secundum quod jam dictum est, observatione sublata. — Vgl. §. 6. J. h. t.: — — Nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit, ut, fictione pristina explosa, recta via apud competentes judices vel magistratus parentes intrent, et filios suos vel filias, vel nepotes vel neptes ac deinceps, sua manu dimitterent, et tunc ex edicto praetoris in hujus filii vel filiae, nepotis vel neptis bonis — — eadem jura praestantur parenti, quae tribuuntur patrono in bonis liberti, et praeterea si impubes sit filius vel filia vel caeteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur. — §. ult. J. de legit. agnator. succ. (3, 2): Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam — — emancipat; quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri, cum apud antiquos non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumississet.

Anm. Die Emanzipation setzt voraus:

1) Einwilligung des Vaters, l. 31. de adopt., l. 8. si tabulae test. nullae extab. (38, 6), §. ult. J. h. t. Doch kann in einigen Fällen der Vater ausnahmsweise zur Emanzipation gezwungen werden:

a) Wenn dem Vater Etwas unter der Bedingung der Emanzipation hinterlassen, oder die Emanzipation als *modus* einem Vermächtniß beigefügt worden ist, so ist dieses vollkommen giltig, l. 92. de condit. et demonstr. (35, 1) verb.: sic deinde hoc accipiendum rel. *Paul.* IV. 13. §. 1. War aber einem Vermächtnisse die fideikommissarische Auflage: ut filium emanciparet beigefügt, so gab es streng genommen keinen Zwang zur Erfüllung; *Marcian.* l. 114. §. 8. de legat. I.:

„Sed si liberos suos emancipare rogatus fuerit, non cogitur hoc facere, potestas enim patria inaestimabilis est“;

vgl. auch l. 92. init. de condit. et demonstr. Doch ging man später aus Gründen der Billigkeit von diesem strengen Rechte ab, und gestattete wenigstens extra ordinem einen Zwang gegen den Vater, *Ulp*. l. 92. cit. verb.;

„Arbitror tamen, extra ordinem debere constitui, eum, qui agnovit id, quod sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, cogendum emancipare; neque enim debet circumveniri testantium voluntas“.

Vgl. auch l. 93. eod.

b) Daß auch dann, wenn der Vater für das Emanzipiren sich hat bezahlen lassen, ein Zwang zur wirklichen Vornahme der Emanzipation Statt findet, darf nach allgemeinen Gründen und nach Analogie des unter lit. a. Gesagten nicht bezweifelt werden. Wenn man aber dafür als positiven Beleg die l. 1. §. 2. si a par. quis manum. sit (37, 12):

„Si parens vel accepit pecuniam, ut emanciparet, vel postea vivus in eum filius, quantum satis est, contulit, ne judicia ejus inquietet, exceptione doli repelletur“,

hat anführen wollen, so ist dieses gewiß irrig, denn ihrem ganzen Zusammenhange nach ist der Sinn dieser sehr oft mißverstandenen Stelle einfach folgender: der Vater, welcher als manumissor das Testament seines emanzipirten Sohnes mit der bon. poss. contra tabulas angreifen will, wird mit einer exceptio doli zurückgewiesen, wenn er sich für die Emanzipation hat bezahlen lassen, oder wenn er doch nach der Emanzipation eine hinreichende Summe Geldes von seinem Sohne empfangen hat. Von einem Zwangsrechte auf Emanzipation ist also hier freilich keine Rede.

c) Wenn der Vater sein Kind zu hart und grausam behandelt. Zwar ist in l. 5. si a par. quis manum. sit (37, 12) nur von einem einzelnen Falle die Rede, in dem Trajan den Vater zur Emanzipation gezwungen habe; aber es läßt sich doch wohl nicht verkennen, daß sich hierin ein Prinzip aussprechen soll; um so mehr, da ja sogar bei Sklaven ganz ähnliche Grundsätze eintreten.

d) Wenn ein impubes adoptatus nach erlangter Pubertät nachweist, daß ihm die geschehene Adoption nicht zuträglich sei, l. 32. 33. de adopt.

e) Wenn Jemand einen verschwenderischen emanzipirten Sohn, und von diesem Sohne Enkel hat, die sich in der Gewalt ihres Vaters befinden, so kann er die Enkel unter der Bedingung, daß der Vater sie emanzipire, zu Erben einsetzen. „Sed quid, si nec ad hoc consensurus esset prodigus? *Sed per omnia judicium testatoris sequendum est*“, l. 16. de curat. fur. (27. 10). Allerdings zwar wollen Manche die letzten Worte nicht von einem Zwang zum Emanzipiren, sondern nur davon verstehen, daß der Magistrat hier stets die Prodigalitäts-Erklärung über den Sohn aussprechen müsse, vgl. z. B. Glück XXXIII. S. 151 fgg., Marezoll in Gießer Zeitschr. V. S. 435 fgg., Rudorff, Recht der Vormundschaft I. S. 315, Puchta §. 445. Not. m., Arndts §. 427. Not. 3, aber es ist dies eine gewiß willkührliche Beschränkung

allgemeiner Gesetzesworte, und daher mit Recht von den Meisten verworfen, vgl. z. B. Wening §. 401. Not. n., Schweppe IV. §. 671. Not. 7, Thibaut §. 388. Not. c., Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Komm. XXXVII. S. 418. S. 432. S. 439 fgg. S. auch Basil. XXXVIII. 10. 16. (tom. V. p. 164).

Weiter aber darf man gewiß nicht gehen, und so ist es namentlich nicht zu billigen, wenn Mühlenbruch a. a. O. S. 419 fgg. diese Fälle nur als einzelne Beispiele betrachten und den Grundsatz aufstellen will, daß auch noch aus anderen erheblichen Gründen nach dem Ermessen des Richters ein Zwang zur Emanzipation Statt finde.

2) Einwilligung des Kindes, l. 5. C. h. t., Nov. 89. c. 11. pr. *Paul.* II. 25. 5. Doch ist nicht positive Willenserklärung, sondern nur erforderlich, daß das Kind nicht widerspricht, weßhalb namentlich auch infantes emanzipirt werden können, l. 5. C. h. t. Nach der herrschenden Lehre muß aber bei Adoptiv-Kindern eine Ausnahme von dieser Regel statuirt werden, wogegen sich jedoch jetzt v. Buchholtz, jurist. Abh. No. 17. erklärt hat, und auch Puchta, System S. 253. Not., Lehrb. §. 445. Not. h. findet dies wenigstens zweifelhaft; s. auch Mühlenbruch, Lehrbuch §. 560. Not. 5, Sintenis III. §. 139. Not. 63, Arndts §. 427. Anm. 2. Doch aber verdient wohl die herrschende Lehre den Vorzug, denn wenn man auch zugeben muß, daß §. 2. J. de adopt. und l. 32. de V. O. (45, 1) sich möglicher Weise auch anders erklären lassen — obwohl doch die natürlichste Auslegung zu der gemeinen Ansicht hinführt —, so möchte die l. 10. pr. C. de adopt. ganz entscheidend sein, verb.:

„Cum enim tanta fragilitas est adoptionis, ut possit in ipso die et filius fieri et extraneus per emancipationem inveniri, quis patiatur jura patris naturalis nexu divino copulata, ludibrio defraudari? Cum in hoc casu et contradicendi filio ex jure veteri detur licentia, et invitus transire ad aliam non cogitur familiam".

In der That würde sich ohne dies auch kaum erklären lassen, wie Justinian zu der Einführung der s. g. adoptio minus plena gekommen wäre.

3) Vornahme der Emanzipations-Handlung selbst. Ueber die alten Förmlichkeiten, worauf Justinian in den abgedruckten Gesetzen mehrfach hindeutet, vgl. *Gai.* I. 132. und die dort von Göschen Zitt., Zimmern, Rg. I. §. 225; über die neuen einfachen Formen aber s. man theils l. 5. C. h. t., vgl. mit l. 18. C. de collat. (6, 20) und l. 11. C. de legit. hered. [s. g. *emancipatio Anastasiana*], theils die oben abgedruckten Gesetze Justinian's [s. g. *emancipatio Justinianea*].

B. Aus anderen Gründen. §. 258.

Anhang. Vom Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt.

Dig. XXXVII. 15. de obsequiis parentibus et patronis praestandis. XXV. 3. de agnoscendis et alendis liberis vel

parentibus vel patronis vel libertis. — Cod. V. 25. de alendis liberis ac parentibus.

1) Im Allgemeinen. §. 259.

Anm. Ueber die Erziehung vgl. Burchardi, das gemeinrechtliche Erziehungsrecht; im Archiv für ziv. Prax. VIII. S. 161 fgg. Sintenis, prakt. Zivilrecht III. §. 140. bei Not. 3 fgg.

2) Insbesondere von der Alimentations-Verbindlichkeit. §. 260.

Ueber die Alimentation unehelicher Kinder vgl. Glück, Komm. XXVIII. S. 183 fgg., Busch, theoret. prakt. Darst. der Rechte geschwächter Frauensperf. gegen ihre Verführer und der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger. Ilm. 1828. Abth. II. S. 214 fgg., Schüßler, die Paternitäts-, Alimenten- und Satisfakt-Klagen. Fulda 1835, zweite umgearb. Aufl. Kassel 1843, Gett, über die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft. München 1836, Ders. theoret. prakt. Ausführungen zur Lehre über die rechtl. Verhältnisse bezüglich der außerehelichen Kinder. Nördl. 1850. (bisher 1 Heft). — Vgl. auch Spangenberg im ziv. Arch. I. 5, Kaucher, ebendas. III. 26, Kämmerer in Elvers Themis II. 8, Dunke im ziv. Arch. XII. 7, Heerwart das. XIV. 18, Schröter in der Gießer Zeitschr. V. 21, Heerwart im ziv. Arch. XVII. 3, Busch das. XXIII. 3, Heerwart in der Gießer Zeitschr. XVII. 9, Buttel im Oldenb. Archiv für die Praxis Bd. I. S. 63 fgg., Schöman in der Gießer Zeitschr. N. F. II. 4, Preuschen ebendas. IV. 4.

Anm. 1. Das römische Recht kennt keine Verbindlichkeit des Mannes, uneheliche Kinder zu alimentiren, l. 5. §. 6, l. 7. h. t., und nur erst durch Justinian ist eine Verpflichtung zur Alimentation der Konkubinen-Kinder eingeführt worden, Nov. 89. c. 12. 13. 15. Auch das Kanonische Recht geht wohl richtigerer Ansicht nach von demselben Prinzip aus, denn cap. 5. X. de eo, qui duxit (4, 7) ist gewiß so zu verstehen, daß die sämmtlichen in der Dekretale erwähnten Kinder erst in dem späteren Konkubinate nach dem Tode der Frau erzeugt waren, mithin als naturales im römischen Sinne des Wortes allerdings auf Alimente Anspruch hatten; denn daß das Kanonische Recht durchaus nicht eine Abänderung des Römischen beabsichtigte, geht aus cap. 13. X. qui filii

sint legitimi hervor, s. auch Spangenberg und Kaucher a. d. aa. OO., Busch, theoret. prakt. Darstellung §. 172 fgg., v. Schröter in der Gießer Zeitschrift V. S. 308, Schöman a. a. O. S. 128 fgg. Doch aber verstand man freilich von der Glosse an jene Dekretale regelmäßig so, daß der Vater auch den im Ehebruche erzeugten Kindern Alimente präſtiren müsse, woraus denn natürlich folgen mußte, daß blose spurii wenigstens ein eben so gutes Recht haben müßten, und da man überdies die römischen Bestimmungen über Konkubinen-Kinder auf alle spurii anzuwenden pflegte, so bildete sich durch die Doktrin der nachher in ein wahres Gewohnheitsrecht übergegangene Grundsatz, daß der Vater seine unehelichen Kinder alimentiren müsse.

So ganz allgemein dies aber auch jetzt anerkannt ist, so ist man doch über den nächsten Grund dieser Obligation durchaus nicht einverstanden. Die meisten Neueren nehmen hier eine obligatio ex delicto an, aber offenbar ohne allen rechtlichen Grund, wenn man nur bedenkt, daß hier nicht etwa von einer Klage der stuprata, sondern von dem rechtlichen Anspruch der Kinder die Rede ist. Wie diese die Handlung, welche ihnen das Leben gab, als ein Delikt betrachten können, welches ihnen einen Schaden zugefügt habe, ist doch wirklich schwer einzusehen. Jeden Falls natürlicher ist daher die Annahme, daß eben die Vaterschaft, also das verwandtschaftliche Verhältniß, der Grund der Obligation sei, daß also eben so, wie bei der ehelichen und bei der durch Konkubinat begründeten Verwandtschaft das Gesetz, so bei der außerehelichen die Doktrin eine Liebespflicht in eine Zwangspflicht umgewandelt habe, vgl. besonders Heerwart in den angeff. Abhh. und diese Ansicht ist auch gewiß verständiger, als die von Schröter in der Gießer Zeitschrift V. S. 309 fgg. aufgestellte, und von manchen Neuern, z. B. Busch im Archiv und Schöman a. a. O. adoptirte, wornach weder Delikt, noch Verwandtschaft der Obligationsgrund sein soll, sondern die blose Thatsache der Erzeugung, als ein in sich abgeschlossener Akt, die Obligation bleibend, wie jede andere Verbindlichkeit begründe; vgl. dagegen Heerwart im Arch. XVII. 3. und in der Gießer Zeitschrift XVII. 9. Dieser Streit ist aber in seinen praktischen Folgen ausnehmend wichtig; einige der bedeutendsten Punkte sind folgende:

1) Welchen Einfluß äußert die s. g. exceptio plurium constupratorum? Die Meisten, von der Idee einer Deliktsklage ausgehend, lassen durch dieselbe den Einzelnen schlechterdings nicht befreit werden, sondern nehmen eine solidarische Verbindlichkeit sämmtlicher Konkumbenten an, und zu eben dem Resultate kommt auch auf anderem Wege (aber gewiß inkonsequent, vgl. Busch im Arch. XXIII. S. 228 fgg.) v. Schröter. Folgt man aber der richtigeren Ansicht, daß die Verpflichtung zur Alimentation aus der Vaterschaft hervorgehe, so ist durch jene Einrede das Klage-Fundament zerstört, und das Kind bekommt nichts. Zwar sucht Busch, theoret. praktische Darst. §. 246 fgg. nach dem Vorgange einiger Andrer dadurch zu helfen, daß er den Kindern eine actio in factum ex lege Aquilia einräumt, indem der einzelne Konkumbent durch seine widerrechtliche Handlung den Kindern den Schaden zugefügt habe, daß die Vaterschaft nicht ausgemittelt werden könne: aber das Unjuristische dieser allerdings scharfsinnigen Aushilfe fällt in die Augen, und noch weniger kann die aller juristischen Kon-

sequenz entbehrende Mittelmeinung gebilligt werden, wornach der einzelne Stuprator **pro rata** haften soll. Wenn man endlich auch vorgeschlagen hat, denjenigen Stuprator allein haften zu lassen, dessen Konkubitus mit der Niederkunft nach dem gewöhnlichen Verlauf am Besten zusammentrifft, und, wenn Alles gleich steht, eher eine frühe, als eine späte Geburt zu vermuthen, Waldeck, Kontroversen-Entscheidungen des Ob. App. Ger. zu Wolfenbüttel (1827) No. 12, so hat man dabei auf die willkührlichste Weise blose **praesumtiones hominis** in **praesumtiones juris** umgekehrt.

2) Daß das von einem Ehemanne mit einer dritten Person erzeugte Kind einen Anspruch auf Alimentation gegen seinen Vater habe, ist ganz allgemein anerkannt, da ja gerade das **cap. 5. cit.** immer von einem solchen Falle verstanden worden ist. Wie es sich aber mit **adulterini** im eigentlichen römischen Sinne des Wortes, also mit den Kindern verhalte, die von einer Ehefrau mit einem fremden Manne erzeugt sind, ist ausnehmend bestritten. Die, welche bei der Alimentationspflicht den Gesichtspunkt eines Delikts auffassen, müssen konsequent auch hier einen Anspruch auf Alimente zugestehen, und auch in dieser Konsequenz stimmt v. Schröter mit den Vertheidigern jener Theorie zusammen. Der richtigen Ansicht nach muß man aber zu dem folgenden Resultat kommen: die bekannte gesetzliche Präsumtion: **pater est, quem justae nuptiae demonstrant**, führt von selbst zu dem Satze, daß der mit der Ehefrau eines Anderen Konkumbirende nur dann als Vater rechtlich in Betracht kommen, und also auch nur dann zur Prästation von Alimenten angehalten werden kann, wenn nachgewiesen wird, daß die Zeugung durch den Ehemann unmöglich war; vgl. die bei v. Schröter S. 305. Not. 5. Angeff. und Heerwart im Archiv **XVII. 3.**

3) Nicht minder bestritten ist auch die Frage, ob die Alimentations-Pflicht auf die Erben übergehe? Nimmt man eine Deliktsklage an, so muß man einen solchen Uebergang insoweit zugestehen, als die Erbschaft reicht, während v. Schröter a. a. O. die Erben unbedingt haften läßt. Statuirt man aber die Vaterschaft, also diese höchst persönliche Relation zwischen den beiden Personen als Obligationsgrund, so hört mit dem Tode des Vaters die ganze Verpflichtung auf, nicht anders, wie dies auch bei der ehelichen Verwandtschaft der Fall ist, **l. 5. §. 16. de agnosc. v. alend. liber.**

4) Unser Prinzip muß auch bei der Frage entscheiden, nach den Gesetzen welchen Orts die Alimentations-Pflicht beurtheilt werden müsse? Faßt man nämlich das Delikt oder den Akt der Erzeugung als Obligations-Grund auf, so müssen die Gesetze des Orts, wo der Beischlaf vollzogen ist; nimmt man aber die Vaterschaft als den wahren Grund an, so müssen die Gesetze des Domizils entscheiden.

5) Nicht minder bedeutend wird der Hauptgesichtspunkt auch noch bei der Frage, ob die Alimentations-Pflicht nur dann begründet sei, wenn der Beischlaf dem Konkumbenten imputirt werden könne? Richtiger Ansicht nach muß dies durchaus geleugnet werden, und die Alimentations-Pflicht auch dann eintreten, wenn der Beischlaf z. B. im Zustande höchster unverschuldeter Trunkenheit, oder

bei einer wenn auch noch so verzeihlichen Personen-Verwechslung u. dgl. erfolgte.

6) Ob auch der Vater des unehelichen Vaters zur Alimentation seiner Enkel verpflichtet sei, ist gar sehr bestritten. Faßt man den Gesichtspunkt des Delikts auf, oder nimmt man an, daß der Akt der Erzeugung den Obligations-Grund bilde, so ist es unmöglich, die Verbindlichkeit zu Alimenten auch auf den Großvater zu erstrecken. Wird dagegen die Vaterschaft als das wahre Fundament der Obligation anerkannt, so ist es allerdings juristisch möglich, auch den Großvater für schuldig zu erkennen. Daß dies aber geschehen müsse, kann aus diesem Gesichtspunkte keineswegs gefolgert werden; denn wenn auch das Verhältniß zwischen dem unehelichen Vater und seinem Kind so erscheint, daß die Verwandlung einer blosen Liebespflicht in eine Zwangspflicht durchaus den Forderungen der Humanität entspricht, so tritt dies keines Falls in so hohem Grade auch bei dem unehelichen Großvater ein, indem hier vielmehr sehr bedeutende Billigkeitsgründe gegen die Annahme einer solchen Zwangspflicht sprechen. Wo sich also kein bestimmtes Gewohnheitsrecht für die Verbindlichkeit des Großvaters gebildet hat, da muß man sich nothwendig dagegen erklären; vgl. hierüber auch Glück XXVIII. S. 221 fgg.

Anm. 2. Ob die Alimentations-Pflicht wegen Verwandtschaft sich über das Deszendenten- und Aszendenten-Verhältniß hinaus erstrecke, ob namentlich auch Geschwister sich zu alimentiren verpflichtet seien, ist noch h. z. T. bestritten. Die besonders von Thibaut, Versuche I. No. 12. vertheidigte bejahende Meinung stützt sich im Wesentlichen auf folgendes Raisonnement: nach l. 12. §. 3. de adm. et peric. tutor. (26, 7) dürfte nicht einmal der Tutor Liebespflichten des Pupillen erfüllen; nach l. 1. §. 2. de tut. et rat. distr. [27, 3), l. 4. ubi pupill. educ. (27, 2) könne er aber sogar gezwungen werden, dürftigen Geschwistern desselben Alimente zu prästiren, woraus doch offenbar hervorgehe, daß die Alimentation der Geschwister nicht eine blose Liebes-, sondern eine wirkliche Zwangspflicht sei. — Betrachtet man aber die l. 12. cit. genauer, so sieht man, daß Thibaut's Voraussetzung nicht ganz richtig ist. Blose Akte der Liberalität, wenn sie auch ehrenvoll sind, sollen allerdings vom Vormund nicht vorgenommen werden, sondern dem reifen Ermessen des mündig gewordenen Pupillen überlassen bleiben, wie z. B. die Dotirung der soror uterina. Was aber jeder ordentliche gesittete Mensch thun würde, sollte er auch nicht dazu gezwungen werden können, das darf allerdings auch der Vormund vornehmen, wie er ja z. B. herkömmliche Geschenke an nahe Verwandte übersenden und Alimente auch ganz fremden Personen, wenn es für den Pupillen angemessen erscheint, prästiren darf, vgl. auch l. 1. §. 6. 7. 8. de tutel. et rat. distr. Mit diesem klaren Inhalt der l. 12. verträgt es sich nun recht gut, daß der Tutor angehalten werden kann, dürftigen Geschwistern des Pupillen Alimente zu verabreichen, obwohl für den Pupillen selbst keine Zwangspflicht begründet ist, und das Letztere wird noch insbesondere erwiesen, wenn man die l. 5. de agnosc. vel alend. liber. im Zusammenhange liest; denn offenbar beabsichtigt Ulpian, genau zu bestimmen, wem die Zwangspflicht zur Prästation der Alimente obliege, und da werden

durchaus nur Aeltern und Kinder gegenseitig aufgeführt, und die verschiedenen dabei möglichen Fälle sorgsam erwogen; vgl. besonders Müller im civ. Arch. XIII. No. 13. (Ueber eine ganz ähnliche Kontroverse vgl. man oben §. 216. Anm. 1).

Anm. 3. Ueber die Rückforderung schon geleisteter Alimente vgl. Glück XXVIII. S. 291 fgg., Busch in Elvers Themis II. S. 505 fgg., v. Meyerfeld, Lehre von den Schenkungen I. S. 218 fgg., Schaffrath, prakt. Abhh. No. 17 und 18, Schäffer in der Gießer Ztschr. N. F. VII. 1, Reinhard ebendas. VIII. S. 74 fgg. — Ueber „Bedeutung und Umfang des Worts alimenta nach heutigem röm. Rechte" vgl. Walther in Gießer Zeitschr. XX. 8.

Drittes Kapitel.

Von der Vormundschaft.

Inst. I. 13—26; Dig. XXVI. XXVII; Cod. V. 28—75. — *Gai.* I. §. 142—200; *Ulp.* XI. XII. — *Donell.*, comm. jur. civ. lib. III. lib. XV. c. 18—22; *Faber*, jurisprud. Papinian. scientia, tit. 13—26; Glück XXVIII. S. 435. bis XXXIII. S. 310; Rudorff, das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt. 3 Bde. Berl. 1832—34, Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. Bd. I. Gött. 1835, Bd. II. 1847, Heimbach in Weiske's Rechtslex. XIII. S. 327 fgg. Vgl. auch *le Fort*, essay historique de la tutelle en droit Romain. Geneve 1850.

I. Einleitung.

1) Begriff und Wesen der Vormundschaft im Allgemeinen. §. 261.

2) Obervormundschaft und Familienrath. §. 262.

3) Unterschied zwischen Tutel und Kuratel. §. 263.

Paul. l. 2. pr. §. 1. de tutelis (26, 1): Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa. (§. 1.) Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt;

itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores sicut aeditui dicuntur, qui aedes tuentur. Vgl. §. 1. 2. J. de tutelis (1, 13). — *Schulting*, Notae ad Dig. ad h. l. tom. IV. p. 387 sqq., Glück XXVIII. S. 468 fgg., XXIX. S. 1 fgg., Rudorff a. a. O. I. S. 24 fgg., Bethmann-Hollweg im Rhein. Mus. VI. S. 221 fgg.

Anm. Was den Unterschied zwischen Tutel und Kuratel anbelangt, so stellte man darüber gewöhnlich bis in die neueren Zeiten hin den Grundsatz auf, der Tutor habe principaliter für die Person, also für die Erziehung und Alimentation des Pupillen, der Kurator aber nur für die Verwaltung des Vermögens zu sorgen; ein Grundsatz, den man theils auf die Servianische Definition, theils aber auch auf einige andere Gesetze stützte, namentlich auf l. 12—15. de testam. tut. (26, 2):

„Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest, nec deductis rebus, (l. 13.) et si datus fuerit, tota datio nihil valebit, (l. 14.) *quia personae, non rei vel causae datur*".

Vgl. auch §. 4. J. qui testam. tutores dari possunt (1, 14) [„certae autem rei vel causae tutor dari non potest, quia personae, non causae vel rei datur"]; §. 2. J. de curator; (l. 23) [„curator enim et ad certam causam dari potest"]; l. 8. C. de nupt. (5, 4) [„curator — — solam rei familiaris sustinet administrationem"]. — So richtig nun auch der letzte Theil dieses Grundsatzes ist, so ist doch der Gegensatz ganz falsch, was sich schon vollständig durch die Hinweisung auf die tutela muliebris, die doch offenbar mit der tutela impuberum denselben Grundbegriff hat, erweisen läßt; denn hierbei lag doch gewiß eine Sorge für Erziehung und überhaupt das persönliche Wohl der Frau nicht in dem Bereich des Vormunds, und konnte nicht darin liegen. In der That verhält es sich aber bei der tutela impuberum ganz eben so, und es ist h. z. T. auch bekannt genug, daß der Tutor mit der eigentlichen Erziehung des Pupillen gar nichts zu schaffen hat, sondern daß dafür der Magistrat mit Zuziehung der propinqui sorgt, und der Tutor dazu und überhaupt zur Alimentation nur die Mittel in dem Maaße aus dem Vermögen des impubes herzugeben hat, wie dies der Magistrat bestimmt, v. Löhr in seinem Magazin III. S. 20 fgg. Gewiß also müssen die Worte: tutor personae, non rei vel causae datur anders ausgelegt werden, und dieß ist in neuerer Zeit auch wirklich mehrfach geschehen. Viele nämlich wollen darin nur den Sinn finden, daß der Tutor nicht für ein einzelnes Geschäft, sondern nur für die Person, d. h. für das ganze Vermögen bestellt werde, und beschränken demgemäß den ganzen Ausspruch nur auf die tutela testamentaria, v. Löhr a. a. O. S. 19. S. 470 fgg., Puchta im Rhein. Mus. II. S. 383 fgg., *Schrader* ad §. 4. J. cit. (p. 102 sqq.), Rudorff a. a. O. I. S. 287 fgg., S. 378. Aber diese Auslegung erscheint darum als unzulässig, weil dann in jenen Worten nicht sowohl ein Grund für den vorhergehenden Satz („certarum rerum tutor dari non potest") angegeben (*quia*), als vielmehr nur dieser Satz selbst wieder-

holt wäre. Gewiß richtiger ist daher die von Savigny beiläufig aufgestellte (vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgeb. und Rw. S. 104), von Bethmann-Hollweg im Rhein. Mus. VI. S. 253 fgg. näher begründete Erklärung, wornach jene Worte nur ausdrücken sollen, daß der Tutor zur Ergänzung der ganzen juristischen Persönlichkeit des Pupillen gegeben werde, und darum regelmäßig — Ausnahmen gibt es allerdings, namentlich bei der tutela dativa, s. unten — nicht für ein einzelnes Geschäft bestellt werden könne.

Nicht weniger unbegründet als die bisher bekämpfte Ansicht ist auch die Meinung, welche Schweppe in seinem jur. Mag. I. No. 7. und Rg. §. 420. durchzuführen sucht, daß nämlich die tutela sich wesentlich als eine auf Zivilrecht begründete Potestas herausstelle, wodurch der Pflegling seine Selbstständigkeit verliere, und mit dem Tutor nur eine Person ausmache, während die Kura ein wesentlich prätorisches Institut sei, wodurch keine Potestas und keine Personen-Einheit begründet werde. — Freilich kann man dem Tutor eine Potestas in einem ganz vulgären Sinne des Wortes zuschreiben, weil dadurch einigermaßen ein Subordinations-Verhältniß des Pupillen begründet wird, und in diesem Sinne wird offenbar das Wort von Servius gebraucht; aber eine solche Potestas steht nicht weniger dem Kurator zu, selbst nach dem Ausdruck der XII Tafeln, wo ja geradezu dem curator furiosi eine Potestas zugeschrieben wird („in eo pecuniaque ejus potestas esto") [Cic. de invent. II. 50]. Daß aber je ein römischer Jurist auf den Gedanken gekommen sein sollte, dem Tutor eine potestas im technischen Sinne als ein Analogon der patria potestas oder der manus zuzuschreiben, ist absolut unmöglich, wenn man nur den oben angedeuteten Begriff im Auge behält. Während die potestas in ihrer wahren Bedeutung wesentlich darin besteht, daß der derselben Unterworfene keine Selbstzwecke, sondern nur die Zwecke seines Gewalthabers zu realisiren hat, ist die Tutel gerade umgekehrt dazu bestimmt, daß der Mündel besser und sicherer seine eigenen Zwecke realisire. Daß ursprünglich, wenigstens bei der tutela *legitima*, auch der eigne Vortheil des Tutor mit berücksichtiget und insofern auch die Tutel als ein Recht, nicht rein als munus betrachtet wurde, kann den Hauptgesichtspunkt bei diesem ganzen Verhältniß (Schutz eines Hilfsbedürftigen) nicht verrücken, und darf uns am wenigsten bestimmen, dieses Recht als eine wahre Potestas anzusehen. — Der andere von Schweppe angegebene Hauptunterschied, daß die Kura ein hauptsächlich prätorisches Institut sei, ist handgreiflich falsch, da gerade die vorzüglichsten Arten der Kuratel rein zivilrechtlichen Ursprungs sind, denn die cura furiosorum und prodigorum stützt sich auf die 12 Tafeln, die cura minorum aber auf die lex Plaetoria. Die Idee von Schweppe nämlich, daß die Vormundschaft über Wahnsinnige und Verschwender ursprünglich eine Tutel gewesen, und erst später zu der Kura gerechnet worden sei, ist eine durchaus leere und unhaltbare Hypothese. Vgl. auch v. Löhr in seinem Magaz. III. S. 455 fgg.

Offenbar besteht vielmehr des Grundwesen der Tutel in Folgendem: Unmündige und Weiber haben nach römischen Begriffen keine vollkommene Persönlichkeit, was wohl gewiß mit der Idee zusammenhängt, daß nur der waffenfähige Mann eine ganze volle Person sei, wobei man natürlich nur an die Waffenfähigkeit in abstracto denken darf, denn vorübergehende oder ganz individuelle

Gründe der Wehrlosigkeit (Krankheit, Gebrechen u. dgl.) können natürlich keine unvollkommene Persönlichkeit nach sich ziehen. Die in abstracto Wehrlosen, also eben der Unmündige und das Weib, bedurften demnach des Hinzutritts eines Mannes, der ihre unvollständige Persönlichkeit ergänzte, und das ist eben der Tutor, der durch seine Auktoritas (abgel. von augere: vermehren, ergänzen) jene Ergänzung bewerkstelligte, so daß dieselben nun dadurch eine volle privatrechtliche Persönlichkeit hatten. Natürlich aber wird dabei vorausgesetzt, daß das Weib oder der Unmündige sui juris waren, denn im umgekehrten Falle bedurften sie nicht nur keiner tutoris auctoritas, sondern diese war sogar unmöglich, da ja die privatrechtliche Persönlichkeit des homo alieni juris durch den Gewalthaber gleichsam absorbirt war. — Ganz anders verhält sich dies bei der Kura, bei welcher allerdings Vermögens-Verwaltung das Grund-Element ist. Zwar kann es auch hierbei vorkommen, daß der Kurator zu eigenen Handlungen des Kuranden hinzutritt, aber dieser Beitritt besteht immer nur in einer äußerlichen Genehmigung, einem Gutheißen, und man darf schlechterdings nicht bei diesem, technisch s. g. Konsensus an die Ergänzung einer unvollständigen Persönlichkeit denken. — Während sich also die Tutel durch die *auctoritatis interpositio* charakterisirt, kann bei der Kura höchstens nur ein *consensus* vorkommen. Daß ungeachtet dieser wesentlichen Verschiedenheit doch sehr viele Grundsätze gemeinschaftlich für Tutel und Kuratel gelten, liegt in der Natur der Dinge, weil durch beide Institute derselbe allgemeine Zweck (Schutz eines Hilfsbedürftigen) erreicht werden soll, und weil bei der Tutel wie bei der Kuratel gleichmäßig die eigentliche *gestio* vorkommt.

Die Richtigkeit dieser hier angedeuteten Ansicht wird sich am Besten durch viele Einzelnheiten in der ganzen folgenden Darstellung erweisen lassen. Doch kann auch hier schon dafür angeführt werden:

1) Jeder Tutor ist berechtigt zu auktoriren, *Ulp.* XI. 25: Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt; mulierum autem tutores auctoritatem duntaxat interponunt; weshalb auch nur derjenige Tutor werden kann, welcher zu auktoriren im Stande ist, l. 1. §. 2. de tutel.: Mutus tutor dari non potest, quoniam auctoritatem praebere non potest. Daß dann, wenn der Pupill infans oder furiosus ist, keine auctoritatis interpositio vorkommen kann, ist freilich wahr, aber offenbar ist dieses ein blos faktisches Hinderniß, nicht viel anders, als wenn sich im Laufe der Tutel kein Fall ereignet, wo der Tutor zu auktoriren nöthig hätte, l. 18. pr. de adm. et peric. tutor. (26, 7). Selbst dann, wenn einem Tutor die Administration entzogen ist, kann er doch auktoriren, l. 49. de adquir. hered. (29, 2), sofern nur das Geschäft nicht als Akt der administratio erscheint, wie z. B. die Vornahme einer Veräußerung, l. 4. de auct. et cons. (26, 8), Rudorff a. a. O. II. S. 303, s. auch unten §. 281. Anm.

2) Das ganze Amt mehrerer Arten von Tutoren besteht allein in der auctoritatis interpositio. Dies war ehedem bei der tutela muliebris der Fall, *Ulp.* XI. 25, und noch h. z. T. gehört dahin der tutor honorarius.

3) Der Kurator kann niemals auktoriren. Allerdings zwar wird in einigen Stellen auch der Beitritt des Kurator auctoritas genannt, z. B. l. 8. de adopt.

(1, 7); daß dies aber nur abusive geschieht, zeigt die strenge Gegenübersetzung von **auctoritas** und **consensus** an solchen Orten, wo technisch gesprochen wird, vgl. z. B. **Rubr. tit. de *auctoritate et consensu* tutorum et curatorum; l. 1. §. 2. 3. de adm. et peric. tut. (26. 7), l. 2. C. qui legit. person. standi (3, 6), l. 26. C. de administr. tutor. (5, 37).** Dazu kommt, daß das Vollwort der Tutoren an Förmlichkeiten und Voraussetzungen geknüpft ist, die dem Wesen der **auctoritas** auch völlig entsprechen (vgl. darüber unten §. 279), daß aber von solchen Erforderníssen bei der Einwilligung des Kurator nirgends die Rede ist. Ganz entscheidend aber ist, daß, wenn ein **impubes** ausnahmsweise einen Kurator hat, und es kommt ein Fall vor, in dem der Unmündige selbst handeln muß, z. B. ein Erbschaftsantritt, nothwendig ein Tutor gegeben werden muß, weil der Kurator nicht auktoriren kann.

Vgl. besonders über den bisher besprochenen Unterschied zwischen Tutel und Kuratel die trefflichen Ausführungen von v. Löhr in seinem Magazin III. S. 14 fgg., S. 455 fgg., dem auch die meisten Neueren gefolgt sind, vgl. von Savigny, vom Beruf unserer Zeit S. 102 fgg., *de Schroeter*, **de nexu tutelae et juris succedendi. Jen. 1820**, Zimmern, Rg. I. §. 232, Huschke in Tüb. Zeitschr. V. 2. S. 282 fgg., Glück XXIX. S. 1 fgg., Zöpfl, Vergleichung der röm. Tutel und Kura mit der heutigen Vormundsch. Bamb. 1826. S. 3 fgg., Rudorff a. a. O. I. S. 20 fgg., Bethmann-Hollweg im Rhein. Mus. VI. S. 221 fgg., S. 253. — Wening, Lehrb. III. §. 403, Mühlenbruch, Lehrb. III. §. 577. Note 6, Mackeldey, Lehrb. §. 570, Thibaut, Syst. §. 391, Puchta, Lehrb. §. 333, Vorles. II. ad h. l., Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 145. Note 1, *le Fort* l. c. p. 14 sqq. (In der inneren Begründung sind jedoch diese verschiedenen Schriftsteller, wenn sie auch im Resultat übereinstimmen, keineswegs einig. Am originellsten ist hier namentlich v. Schröter, gegen dessen Ansicht jedoch Glück a. a. O. S. 24 fgg. und Rudorff a. a. O. S. 48. 49. zu vergleichen sind).

Außer dieser bisher betrachteten Grundverschiedenheit ist aber noch eine andere in's Auge zu fassen, auf welche besonders Rudorff I. S. 40 fgg. hingewiesen hat. Der Tutor nämlich ist, offenbar eben weil er die Persönlichkeit des Pupillen ergänzt, demselben zu einer ganz besonderen Treue verpflichtet, so daß sein Verhältniß in der alten Rangordnung der **officia** den ersten Platz einnahm, vgl. besonders *Gell.* **N. A. V. 13: Massurius Sabinus in libro juris civilis tertio: In officiis apud majores nostros ita observatum est, *primum tutelae*, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea affini.** Bei der Kuratel dagegen ist diese besondere Verpflichtung zur Treue nicht vorhanden, und allerdings führt dies auch zu praktischen Folgerungen, z. B. in Betreff der Infamie, die zwar wohl den treulosen Tutor, nicht aber den pflichtvergessenen Kurator trifft, vgl. auch noch **l. 11. pr. de postul. (3, 1), l. 28. §. 8. de poen. (48, 19).**

II. Von der Tutel.

A. Von der Uebernahme der Tutel.

1) Delationsgründe.

a) Letztwillige Verfügung. §. 264.

Inst. I, 13. de tutelis, l. 14. qui testamento tutores dari possunt, Dig. XXVI. 2. Cod. V. 28. de testamentaria tutela. — Glück XXIX. S. 199 fgg., Rudorff I. S. 266 fgg.

1) *Gai.* l. 1. pr. h. t.: Lege XII. tabularum permissum est parentibus, liberis suis sive feminini sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare. Vgl. Ulp. XI. 14: Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege XII. tabularum his verbis: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.* — L. 20. h. t., l. 53, l. 120. de V. S. — Dirksen, Zwölftafel-Gesetz S. 330 fgg.

2) *Paul.* l. 53. pr. de V. S.: Saepe ita comparatum est, ut — — disjuncta pro conjunctis accipiantur — —; nam quum dicitur: *super pecuniae tutelaeve suae,* tutor separatim sine pecunia dari non potest. (Ganz mißverstanden sind die letzten Worte von v. Löhr im ziv. Arch. XI. S. 10, wenn er den Satz darauf gründet, man könne in einem Testament nicht blos einen Tutor für die Person ohne das Vermögen geben; und eben so wenig kann man mit *Hotomann.* obss. VI. 5. daraus ableiten, daß der Vater den zu Bevormundenden zum Erben eingesetzt haben müsse, vgl. dagegen l. 4. h. t. Der einfache Sinn jener Worte ist vielmehr offenbar, der Vater, der einen Vormund ernennen will, müsse auch einen Erben ernennen, also ein Testament machen, siehe auch Rudorff I. S. 304).

3) *Ulp.* l. 3. pr. h. t.: Testamento datos tutores accipere debemus etiam eos, qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt.

4) *Paul.* l. 21. h. t.: Testamento tutores hi dari possunt, quibus testamenti factio est.

5) §. 2. J. qui test. tut. dari poss.: Furiosus vel minor XXV. annis tutor testamento datus tutor erit, quum compos mentis, aut major XXV. annis factus fuerit. Vgl. l. 10. §. 3. h. t., l. 11. de tutelis (26. 1).

6) §. 27. J. de legat. (2, 20): Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo judicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere.

7) L. 12—15. h. t., §. 4. J. qui test. tut. dari poss. Vgl. oben S. 487.

Von der s. g. tutel. testamentaria imperfecta s. minus plena. §. 265.

Dig. XXVI. 3, Cod. V. 29. de confirmando tutore. — Glück XXIX. S. 253 fgg., Rudorff I. S. 312 fgg., *Buchholtz*, de confirm. tut. Reg. 1833.

Anm. Auch wenn es an einem der Requisite der testamentarischen Tutel fehlt, sei es, daß das jus dandi nicht vorhanden ist, oder an der datio selbst etwas mangelt, kann doch die letztwillige Anordnung einer Tutel vermöge obrigkeitlichen Dekrets (s. g. confirmatio ex jure Romano) aufrecht erhalten werden. Es kommt dies in folgenden Fällen vor:

1) Wenn der Vater

a) seinem emanzipirten Kinde einen Vormund ernannt hat. Hier wird der ernannte Tutor schlechthin, also sine praevia inquisitione bestätigt, und es ist dabei auch einerlei, ob das Kind instituirt oder exheredirt ist, §. 5. J. de tutel., l. 1. §. 1. h. t.

b) Wenn er seinem natürlichen Kinde einen Vormund gegeben hat, so lehrt Hermogenian in l. 7. pr. h. t.: Naturali filio, cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre, nec sine inquisitione confirmatur. Der Sinn dieser Worte ist zweifelhaft. Hermogenian kann damit sagen wollen: „wenn der Vater seinem natürlichen Sohne nichts hinterlassen hat, so ist die angeordnete Tutel an sich ungiltig, und sie kann auch nicht ohne vorgängige Untersuchung bestätigt werden", woraus dann weiter gefolgert wird, daß, wenn etwas hinterlassen sei, die confirmatio ohne Untersuchung Platz greife, vgl. außer manchen Aelteren bei Glück XXIX. S. 269. Note 74 auch noch Mühlenbruch §. 582. und Mackeldey §. 578. Der Sinn jener Worte kann aber auch sein: „der einem natürlichen Sohne gegebene Tutor kann sine inquisitione nicht bestätigt werden, und ist dem Kinde nichts hinterlassen, so ist die datio ganz wirkungslos". Die letztere Auslegung ist die gewöhnlichste, vgl. außer Glück a. a. O. S. 268 fgg. und den da Note 77 Angeff. auch noch Thibaut, Syst. §. 397, (Göschen) Grundr. S. 369, Rudorff, Vormundsch. I. S. 317, und in der That hat man auch alle Ursache ihr beizustimmen, denn die erste Interpretation würde nach konsequenter Folgerung zu dem Satze führen, daß die Vormundschaft, welche über einen eingesetzten filius naturalis angeordnet wird, auch schon an sich giltig sei, und gar keiner Konfirmation bedürfe, was doch offenbar falsch ist, und überdies würde der pater naturalis dann mehr Recht haben als die Mutter, was

ganz unglaublich ist. — Justinian's Verordnungen in l. 4. C. h. t. und Nov. 89. c. 14. haben an dem früheren Rechte gewiß nichts geändert; denn wenn da auch nicht besonders die inquisitio erwähnt ist, so muß sie doch wegen l. 7. cit. subintelligirt werden. Eher könnte man in jenen Verordnungen die neue Beschränkung finden, daß der so ernannte Tutor nur das vom Vater hinterlassene Vermögen zu administriren habe.

c) Wenn der Vater in nicht konfirmirten Kodizillen oder in einem **testamentum injustum** oder **imperfectum** einen Tutor ernannt hat, so wird derselbe ebenfalls, und zwar ohne vorgängige Untersuchung bestätigt, l. 1. §. 1, l. 3. h. t., l. 2. C. h. t. Auch wenn das unmündige Kind selbst das Testament anficht, ist doch der ernannte Tutor zu bestätigen; denn wollte man umgekehrt den tutor legitimus die Vormundschaft übernehmen lassen, so könnte es in beiden Fällen nach dem verschiedenen Ausgange des Prozesses dahin kommen, daß der Pupill falso tutore auctore den Prozeß geführt hätte, und darum „commodius ipse, qui scriptura continetur, a Praetore dabitur, ut sine ullo litis praejudicio justus tutor auctor pupillo ad eam litem fiat", l. 26. 27. 31. de testam. tut. (26, 2).

d) Wenn der Vormund seine Ernennung gegen das SC. Libonianum selbst geschrieben hat, so ist er nicht tutor testamentarius, aber er wird, wenn der Wille des Testators unzweifelhaft ist, praevia inquisitione bestätigt, jedoch wenn noch andere testamentarische Tutoren ernannt sind, nur als Kurator, l. 29. de test. tut., l. 18. §. 1. de lege Corn. de fals. (48, 10); *Buchholtz* l. c. p. 42 sqq.

2) Wenn von der Mutter ein Tutor ernannt ist, so wird dieser nur nach vorgängiger Untersuchung und nur dann konfirmirt, wenn die Testatrix auch wirklich das unmündige Kind zum Erben eingesetzt hat, vgl. bes. l. 4. de test. tut. (26, 2), und dazu l. 1. §. 2, l. 2. pr. h. t., l. 4. qui petant. (26, 6), l. 1. C. h. t. Dagegen wird aber nicht selten das Reskript von Alexander in l. 4. C. de test. tut. (5, 28) angeführt:

> „Mater testamento filiis tutores dare non potest, nisi eos heredes instituerit. Quando autem eos heredes non instituerit, solet ex voluntate defunctae datus tntor a praesidibus confirmari. Nullo vero ex his interveniente si res pupillares, qui dati sunt, administraverint, protutelae actione tenentur".

Gewiß aber muß nach mehreren Mss. (vgl. Spangenb. ad h. l.) das *non* vor instituerit weggelöscht werden, wie auch nach dem Vorgang von Cujacius die meisten Späteren annehmen, vgl. z. B. Glück XXIX. S. 257 fgg. und die dort Note 53 Angeff., (Göschen) Grundr. S. 369, Vorles. §. 749, Mühlenbruch §. 582. Note 8, Rudorff I. S. 319. Note 17, *Buchholtz* l. c. p. 34 sqq., Sintenis §. 147. Note 29. Wollte man das non stehen lassen, so würde auch aus dieser Stelle das offenbar falsche Resultat entstehen, daß, wenn eine Mutter das unmündige Kind zum Erben einsetzt, die angeordnete Tutel schon an und für sich rechtsbeständig wäre, und es also gar keiner Konfirmation für diesen Fall bedürfte.

Zeit der Pandekten-Juristen die Tutel, als ein virile munus, durchaus nur Männern deferirt wurde, so daß einer Frau nicht allein keine gesetzliche Vormundschaft zustand, sondern sie auch nicht einmal durch Testament oder richterliches Dekret berufen werden konnte, l. 26. de testam. tut., obwohl ein kaiserliches Privilegium für die Mutter auch jetzt schon bisweilen eintrat, l. 18. de tutel.: so änderte sich dies später durch eine Verordnung von Valentinian II., Theodos I. und Arkadius vom J. 390, wodurch die Mutter ein freilich an gewisse Bedingungen geknüpftes Recht zur Vormundschaft erhielt, l. 2. C. quando mulier [l. 4. C. Th. de tutor. et curator. creand.]. Hieran schlossen sich dann Gesetze von Valentinian III. und Theodos II., l. 6. C. ad SC. Tertull. (6, 56), l. 6. C. in quib. caus. pig. tac. (8, 15) [welche beide Gesetze nur Theile einer Verordnung sind, Nov. Theodos. II. lib. I. tit. 11, bei *Hugo* II. p. 1243], und von Justinian an, l. 3. C. h. t., l. 4. C. de confirm. tut. (5, 29), Nov. 22. c. 38. 40, Nov. 94. praef. cap. 1. 2, Nov. 118. c. 5, Nov. 155, aus denen sich für das neueste Recht folgende Resultate ergeben:

1) Nur die leibliche Mutter und Großmutter (einerlei, ob väterliche oder mütterliche) können die Vormundschaft über ihre ehelichen und Konkubinen-Kinder in Anspruch nehmen, und haben dann ein Vorzugsrecht vor sämmtlichen Seitenverwandten, aber nicht auch vor dem Vater und väterlichen Großvater (s. den folg. §.), obwohl allerdings die Mutter dem mütterlichen Großvater vorgeht, und die Großmutter wenigstens mit demselben konkurrirt. Unter sich rangiren sie sich secundum hereditatis ordinem, so daß die Mutter die Großmutter ausschließt, und die väterliche und mütterliche Großmutter zusammen die Tutel in Anspruch nehmen können. Theilweise a. M. ist Rudorff S. 258.

2) Die Mutter und Großmutter sind nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt, so daß sie also keiner Exkusation bedürfen, und für unterlassene Administration nicht verantwortlich sind. Daß sie aber nur dann von ihrem Recht Gebrauch machen können, wenn sie überhaupt fähig sind, und namentlich also das gehörige Alter haben, versteht sich von selbst, obwohl doch hierbei die Singularität vorkommt, daß obligatorische Verhältnisse zwischen Mutter und Kind kein Hinderniß der Vormundschaft sind, Nov. 94. c. 1.

3) Es werden aber die Mutter und Großmutter nicht unbedingt zur Tutel gelassen, sondern:

a) sie müssen angeloben, zu keiner zweiten (dritten u. s. w.) Ehe zu schreiten. Der früher nöthige Eid ist durch Justinian erlassen, Nov. 94. c. 2.

b) Sie müssen auf das SCtum Vellejanum und omne auxilium verzichten; über den Grund hiervon s. bes. Emmerich S. 213 fgg.

c) Sie müssen ausdrücklich ihr gesammtes Vermögen verpfänden, denn ein gesetzliches Pfandrecht giebt es nicht; s. unten die Lehre von den gesetzlichen Generalpfändern, §. 375. Anm.

4) Die Vormundschaft der Mutter und Großmutter erlöscht auf eigenthümliche Weise durch Eingehung einer zweiten Ehe. Schreitet sie zu einer solchen, ohne vorher Rechnung abgelegt zu haben, so fängt jetzt nicht nur ein gesetzliches Pfand an ihrem und ihres Ehemanns Vermögen an (s. unten §. 375.

Anm.), sondern es treffen sie auch alle Strafen des verletzten Trauerjahres, Nov. 22. c. 40.

β) Legitima tutela parentis und tutela fiduciaria.

§. 267.

1) Tit. J. de legitima parentum tutela (1, 18): Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quae et ipsa legitima vocatur; nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio et deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

2) Tit. J. de fiduciaria tutela (1, 19): Est et alia tutela, quae fiduciaria appellatur. Nam si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam eorum nanciscitur tutelam; quo defuncto si liberi virilis sexus extant, fiduciarii tutores filiorum suorum vel fratris vel sororis et ceterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores; quoniam filius quidem defuncti, si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam, libertus autem, si servus mansisset, utique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset.

Thibaut, zivil. Abh. S. 285 fgg.; Zimmern in seinen und Neustetel's römisch-rechtl. Unters. S. 142 fgg. (vgl. noch dessen Rg. I. S. 873. 74); Rudorff I. S. 227 fgg., Stemann in Sell's Jahrb. III. S. 368 fgg.

Anm. Da der freie Mensch, welcher sich in causa mancipii befand, wenigstens servi loco war, *Gai.* I. 123. 138, III. 114. und ganz so, wie ein Sklave manumittirt wurde, *Gai.* I. 138, so war es sehr natürlich, daß man das dem Patron in den 12 Tafeln ausdrücklich gegebene Erbrecht auch auf den Manumissor eines caput liberum ausdehnte, und daraus dann wieder das Recht zur Vormundschaft ableitete. Es kam dies besonders in den zwei Fällen vor, wenn eine Frau, welche tutelae evitandae causa eine coemtio gemacht hatte, von dem coemtionator, *Gai.* I. 114. 115. 166. 195, *Ulp.* XI. 5, und wenn ein Hauskind zum Zweck der Emanzipation von dem paterfamilias durch Manzipation in das mancipium eines anderen gebracht wurde. Da hier immer der Manzipation ein pactum fiduciae beigefügt war, nämlich: *ut manumittatur,* oder auch: *ut remancipetur,* so nannte man die dem Manumissor und seiner agnatischen männlichen Deszendenz zustehende Vormundschaft: *tutela fiduciaria,* und dieselbe unterschied sich in mehreren wesentlichen Punkten, die freilich doch

nur die tutela muliebris betreffen, von ihrem Vorbilde, der tutela legitima patronorum, *Gai.* I. 172. — *Gai.* I. 173—175. — *Gai.* I. 190. 192, II. 122. Diese fiduziarische Tutel hatten nun also:

1) der extraneus manumissor (d. h. derjenige, welchem der coemtionator oder der Vater, die Frau oder das Hauskind mit dem pactum fiduciae: ut manumittatur, in das Manzipium gegeben hatte), und nach dessen Wegfallen die agnatische männliche Deszendenz desselben nach Gradesnähe, *Gai.* I. 166, *Ulp.* XI. 5;

2) der parens manumissor (d. h. der paterfamilias, welcher sein Hauskind mit dem pactum fiduciae: ut remancipetur in das Manzipium gegeben, und nach geschehener Remanzipation selbst manumittirt hatte), und nach dessen Wegfallen die agnatische männliche Deszendenz desselben nach Gradesnähe. Da man aber bei dem parens manumissor dem praktischen Effekt nach eine tutela legitima annahm, „quia non minus huic, quam patronis, honor praestandus est", *Gai.* I. 172. („*vicem legitimi tutores sustinet*", l. 3. §. 10. de legit. tut., „*legitimus tutor habetur*", *Gai.* I. 172), und ihn daher wohl auch geradezu tutor legitimus nannte, *Gai.* I. 175. 192, II. 122. §. un. J. de legitima par. tut., §. un. J. de fiduc. tut., l. 5. C. de dol. malo (2, 21): so blieb in unserem zweiten Falle eine eigentliche tutela fiduciaria nur für die agnatischen männlichen Kinder des parens manumissor übrig, *Gai.* I. 175, l. 4. de legit. tut., §. un. J. de fiduc. tut. —

Im Justinianischen Rechte kann die tutela fiduciaria des extraneus manumissor nicht mehr vorkommen, denn die tut. fid. des Manumissor einer Frau war schon lange mit dem Aufhören der tutela muliebris und der conventio in manum verschwunden, und die Tutel des extraneus manumissor über einen emancipatus konnte seit Justinian's reformirender Verordnung in Betreff der Emanzipationsformen nicht mehr Platz greifen. Da aber ausdrücklich verordnet wurde, daß der nach der neuen Form emanzipirende Vater ganz die Rechte des alten parens manumissor haben sollte, §. ult. J. de leg. agnat. succ. (3, 2), so wurde durch jene Konstitution die legitima tutela parentis manumissoris und die fiduciaria tutela der liberi manumissoris nicht berührt, und diese werden daher auch noch in den abgedruckten Institutionen-Titeln als ganz praktisch angeführt. Ob aber von diesen Vormundschaften auch noch nach Nov. 118. die Rede sein könne, ist sehr bestritten. Die meisten älteren Juristen, und auch noch manche Neuere, z. B. Rudorff I. S. 243 fgg. nehmen an, dieselben seien durch die in der zit. Nov. begründete tut. legitima cognatorum absorbirt worden, so daß es also jetzt in Beziehung auf Vormundschaft gar keinen Unterschied mehr mache, ob der Unmündige emanzipirt sei oder nicht. Gewiß mit mehr Recht erklären sich aber die meisten Neueren, besonders nach dem Vorgang von Thibaut a. a. O. für die entgegengesetzte Ansicht, und zwar aus dem gewiß entscheidenden Grunde, weil Justinian in der Nov. 118. nur bezweckte, an die Stelle der früheren Agnaten-Tutel eine Tutel der Kognaten zu setzen, wodurch leicht begreiflich eine auf einem ganz anderen Prinzip beruhende Vormundschaft nicht ergriffen werden konnte. Der praktische Unterschied beider Ansichten besteht besonders darin, daß nach der hier vertheidigten Meinung, der

emanzipirende Vater vor allen übrigen Kognaten zur Tutel berufen wird, während er nach der anderweiten Ansicht mit allen denen konkurriren würde, die mit ihm zusammen zur Erbfolge berufen werden, also namentlich mit der Mutter und den Brüdern des Emanzipatus. Während also die Mutter nach der ausdrücklichen Vorschrift Justinian's alle Seitenverwandten ausschließt, und namentlich den Brüdern des Unmündigen vorgeht, soll dieser letzten Ansicht zufolge der Vater ein schwächeres Recht haben, und sich die Konkurrenz dieser Brüder gefallen lassen müssen!

c) Richterliche Bestimmung. §. 268.

Inst. I. 20. de Atiliano tutore et eo, qui ex lege Julia et Titia dabatur; Dig. XXVI. 5. de tutoribus et curatoribus datis ab his qui jus dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possint; XXVI. 6. qui petant tutores vel curatores et ubi petantur; Cod. V. 31. qui petant tutores vel curatores; V. 32. ubi petantur tutores vel curatores; V. 34. qui dare tutores vel curatores possunt et qui dare non possunt. — Glück XXIX. S. 400 fgg., Rudorff I. S. 338 fgg., Dirksen, das Atilische Gesetz; in dessen verm. Schriften I. Nr. 1.

Anm. Ein tutor dativus (über die frühere Bedeutung dieses Wortes vgl. Gai. I. 154, Ulp. XI. 14) wird nach Justinianischem Recht in folgenden Fällen ernannt:

1) Wenn gar kein anderer Tutor, weder testamentarius noch legitimus vorhanden ist. Dies ist der regelmäßige Fall, welchen auch hauptsächlich die lex Atilia und die leges Julia et Titia im Auge hatten, Gai. I. 185, Ulp. XI. 8. pr. J. h. t., Theoph. ad h. l.

2) Wenn zwar einem testamentarius oder legitimus die Tutel deferirt ist, dieser aber wegen einer excusatio necessaria ausgeschlossen, l. 17. de tutelis (26, 1), l. 10. §. 7. de excusat. (27, 1), l. 9. §. 1. de tut. et rat. distr. (27, 3), oder durch eine excusatio voluntaria vor der Uebernahme geschützt wird, l. 11. §. 1. de test. tut., Gai. I. 182, Ulp. XI. 23. Ist dagegen die Delation selbst ungiltig, weil die Reihe der Berufung einen wirklich Unfähigen, z. B. eine Frau, trifft, so tritt keine tutela dativa ein, sondern die Delation rückt weiter an den folgenden legitimus, l. 10. pr. de legit. tutor., l. 73. pr. de R. J.

3) Wenn im Testament ein Tutor ernannt ist, dieser aber wegen beigefügter Bedingungen oder Zeitbestimmungen oder wegen noch nicht erfolgten Erbschaftsantritts noch nicht eintreten kann, so wird interimistisch ein tutor dativus ernannt, l. 10. pr., l. 11. pr. de test. tut., §. 1. J. de Atil. tut., Gai. I. 186, — l. 9. §. 2. de tut. et rat. distr. (27, 3).

4) Wenn ein Tutor, welcher wirklich schon die Tutel begleitet, wegfällt, weil eine excusatio (necessaria oder voluntaria) eintritt, oder weil er als

suspectus removirt wird, l. 11. §. 2. de test. tut., Gai. I. 183, Ulp. XI. 23. Fällt er auf andere Weise hinweg, also etwa durch den Tod oder durch capit. deminutio, oder bei testamentarischer Tutel durch Eintritt einer Resolutiv-Bedingung, so kommt es auch hier zu einer successio, nicht aber zu einer Dativ-Tutel, l. 11. §. 3. 4. de test. tut., l. 6. de leg. tut. §. 2. J. de legit. agnator. tut. Doch leidet dieses Letztere dann eine Ausnahme, wenn nur einer von mehreren zusammenberufenen Tutoren wegfällt; denn hier tritt immer an die Stelle des Wegfallenden ein tutor dativus ein, selbst also auch, wenn er durch Tod oder cap. dem. hinweggefallen ist, l. 11. §. 4. de test. tut., l. 4. C. in quib. casib. tutor. habenti (5, 36).

5) Endlich wird auch immer ein tutor dativus ernannt, wenn einmal ausnahmsweise von der Rechtsregel: *tutorem habenti tutor non datur*, §. 5. J. de curat. (1, 23), l. 27. pr. de test. tut., l. 10. h. t., l. 21. §. 4. l. 37. de excus. (27, 1), l. 9. C. qui petant (5, 31), l. 4. C. in quib. casib. tutorem habenti (5, 36) abgewichen wird. Es kommt dies, abgesehen von dem am Ende der vorigen Nr. berührten Falle, wenn einer von mehreren Tutoren weggefallen ist, und ihm ein anderer substituirt wird, vornehmlich in folgenden Fällen vor, (vgl. Dig. XXVI. 5. de tutorib. datis —— et in quibus causis specialiter dari possunt; Cod. V. 36. in quibus casibus tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator dari potest):

a) Der älteste durch ein frühes Gewohnheitsrecht eingeführte, Gai. I. 184, Ulp. XI. 24, Fall ist der, wenn ein gerichtlicher Rechtsstreit zwischen dem Mündel und seinem Tutor verhandelt werden soll. Hier wird nämlich speziell für diesen Rechtsstreit der s. g. tutor praetorius oder praetorianus bestellt, vgl. Cod. V. 44. de in litem dando tutore vel curatore. Ein Tutor war jedoch nur im Falle einer legis actio oder eines legitimum judicium nöthig, und in den übrigen Fällen genügte auch ein bloser Kurator, Gai. und Ulp. cit. Da nun im Justinianischen Rechte keine legis actiones und legitima judicia mehr vorkommen, so kann hier immer auch ein bloser curator litis bestellt werden, was auch wirklich Justinian als das Regelmäßige anführt, §. 3. J. de auct. tut. (1, 21), obwohl daraus noch nicht hervorgeht, daß ein *tutor* praetorius gar nicht mehr bestellt werden könne, tit. C. cit., Rudorff I. S. 389 fgg.

b) Hieran schlossen sich dann später viele andere Fälle an, in denen der ordentliche Vormund an der Verwaltung der Tutel verhindert ist. Zwar wird hier auch häufig durch die Bestellung eines Kurators ausgeholfen, aber eben so oft kann auch nach dem Ermessen des Richters ein Tutor bestellt werden, wie z. B. wenn der gesetzliche Vormund noch minderjährig, l. 10. §. 7. de excus., l. 9. §. 1. de tut. et rat. distr., wenn er taub, stumm, wahnsinnig, l. 17. de tutelis, wenn er abwesend, namentlich auch wenn er relegirt ist, l. 9. pr. de tutelae, l. 3. §. 10. de suspect. tutor., l. 1. C. in quib. casib. tutor. hab. — l. 32. §. 7. de adm. et per. tut., l. 3. C. qui petant., wenn er erkusirt oder removirt wird, s. oben N. 2. und 4. (welche zwei Fälle darum auch hierher gehören, weil erst durch die Anstellung des neuen Tutor die Tutel des excusatus oder remotus aufhört; siehe Gai. I. 182: „quo *dato* prior tutor amittit tutelam"), wenn noch über die Remotion verhandelt wird, l. 2. de tut.

datis, l. 17. §. 1. de appell. (49, 1), l. 7. C. de suspect. tutor. (5, 43) u. dgl. m., s. v. Löhr in seinem Mag. III. S. 442 fgg., Rudorff S. 397 fgg.

Insbesondere von der petitio tutoris. §. 269.

Die Quellen siehe bei dem vorigen §en. — Rudorff I. S. 406 fgg.

1) L. 2. §. 2. qui petant tutores (26, 6): Divus Severus Cuspio Rufino. Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, quum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo; et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis rejectisve non confestim aliorum nomina dederit, jus non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum. — Einzelne Erläuterungen zu dieser Konstitution giebt Tryphonin in l. 4. eod., einen vollständigen, umfassenden Kommentar aber Ulpian in l. 2. §. 23—47. ad SC. Tertull. (38, 17).

2) *Theodos.* et *Valentin.* l. 10. C. de legit. hered. (6, 58): Sciant, qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si defuncto ejus patre tutorem ei secundum legem non petierint intra annum, omnem eis sive ab intestato sive jure substitutionis successionem ejus, si impubes moritur, denegandam esse.

2) Fähigkeit zur Uebernahme. §. 270.

Glück XXIX. S. 50 fgg., Rudorff II. S. 17 fgg.

Anm. Aehnlich, wie im Erbrecht ein wesentlicher Unterschied vorkommt, zwischen den Fällen, in welchen Jemanden die s. g. testamenti factio passiva fehlt, und den anderen, in welchen er blos nihil capere potest ex testamento alterius, ein Unterschied, welcher vorzüglich dadurch wichtig wurde, daß im ersten Falle gar keine Delation an den Unfähigen erfolgte, sondern die Erbschaft an denjenigen kam, der sie abgesehen von dieser Disposition bekommen haben würde, während im zweiten Falle die Portion kaduk wurde, und demgemäß in der Regel nicht anderen Erben, sondern dem Fiskus zufiel, vgl. unten §. 429. Anm. 1; ganz ähnlich so tritt uns auch bei der Vormundschaft ein Unterschied entgegen zwischen eigentlicher Unfähigkeit, wodurch schon die Delation der Tutel verhindert wird, und den excusationes necessariae, in welchen letzteren Fällen die Tutel zwar angetragen wird, aber nicht ausgeübt werden kann; und auch die Wirkung dieses Unterschieds ist ähnlich, wie im Erbrecht zu bestimmen, denn im ersteren Falle geht die Delation der Tutel weiter an die Folgenden, denen sie auch deferirt worden wäre, wenn der Unfähige gar nicht vorhanden wäre, während in den

Fällen einer excusatio necessaria immer ein tutor dativus eintritt, vgl. §. 268. Anm. Nr. 2, und v. Löhr im ziv. Arch. XI. S. 1 fgg.

Eigentlich unfähig sind nun aber, abgesehen von Sklaven und Peregrinen:

1) die Frauen, l. 16. pr., l. 18. de tutelis, l. 1. C. quando mulier tut. (5, 35), vgl. mit l. 10. pr. de legit. tutor. und l. 73. de R. J. Ausgenommen sind die Mutter und Großmutter, s. oben §. 266. Anm., bei welchen aber doch auch der ursprüngliche Gesichtspunkt noch insofern hervortritt, als es immer zu einer Delation an die folgenden legitimi, nicht aber zu einer Dativtutel kommt, wenn dieselben von ihrem Rechte keinen Gebrauch machen.

2) Bischöfe und Mönche, Nov. 123. c. 5. Doch halten jetzt Viele diese Bestimmung Justinian's für unpraktisch, und gestatten jenen Geistlichen nur eine excusatio voluntaria, aus dem Hauptgrunde, weil in c. 40. C. XVI. qu. 1. nicht jene Novelle, sondern die frühere l. 52. C. de episc. et. cleric. aufgenommen sei, Glück XXXI. S. 319 fgg., Rudorff II. S. 110 fgg.

3) Soldaten. Daß diese nämlich ganz unfähig sind, und nicht blos eine excusatio necessaria haben, möchte aus l. 4. C. qui dare tutores (5, 34) hervorgehen, denn hiernach soll der Soldat, welcher irrig eine Tutel übernahm, nur wie ein gewöhnlicher Geschäftsführer mit einer actio negotiorum gestorum belangt werden.

4) Die Minderjährigen. Vor Justinian hatte der Unmündige nur eine excusatio necessaria, so daß er allerdings zur Tutel gerufen war, aber während der Unmündigkeit sie nicht verwalten konnte, sondern inzwischen ein tutor dativus ernannt wurde, l. 9. §. 1. de tutelae et rat. dist., l. 10. §. 7. de excus.; der minor pubes aber hatte nur eine excus. voluntaria, §. 13. J. de excus. Vat. fr. §. 157. 223. Justinian aber verfügte in l. 5. C. de legit. tut. (5, 30), daß ein Minderjähriger überhaupt nicht zur Vormundschaft gerufen werden könne („nemo — — in tutelam — — *vocetur*, antequam quintum et vicesimum suae aetatis annum impleat"), und seitdem muß man gewiß sagen, daß wenn einen Minorennen die Reihe der tutela legitima trifft, nicht mehr ein interimistischer tutor dativus ernannt wird, sondern der folgende tutor legitimus eintritt; a. M. ist Rudorff II. S. 21. Ist jedoch ein minor in einem Testamente zum Tutor bestimmt worden, so muß dies auch noch h. z. T. als eine bedingte datio angesehen werden, so daß ihm nach erlangter Volljährigkeit die Vormundschaft übertragen, und inzwischen ein tutor dativus angeordnet wird, l. 32. §. 2. de testam. tut., §. 2. J. qui dare tutores (1, 14).

Eine blose excusatio necessaria dagegen haben

1) Wahnsinnige, Stumme, Taube, Blinde und andere wegen Krankheit zur Verwaltung Unfähige, l. 1. §. 2. 3, l. 17. de tutel., l. 10. §. 5. de legit. tut., l. 40. de excusat., l. 3. C. qui dare tutores (5, 34), l. un. C. qui morbo se excusant. (5, 67). Die gerichtlich erklärten Verschwender sind zwar nirgends ausdrücklich genannt, aber doch zählt man sie, und gewiß mit Recht, ebenfalls hierher, theils schon wegen der Analogie der furiosi, theils aber auch wegen des Grundes, welchen Justinian in l. 5. C. de legit. tut. bei den Minorennen anführt: cui enim ferendum est, eundem esse tutorem et

sub tutela constitui, et iterum, eundem esse curatorem et sub cura agere? S. auch unten No. 6.

2) Wer mit dem Vater des Pupillen in einer Kapitalfeindschaft lebte, ohne daß eine Versöhnung erfolgt ist, §. 9—11. J. de excusat. (1, 25), l. 3. §. 12. de suspect. tutor. 26, 10), l. 6. §. 17. de excusat., l. 8—10. de confirm. tutor. Eine Versöhnung wird aber präsumirt, wenn nach entstandener Feindschaft der Vater eine testamentarische Tutel angeordnet hat, l. 6. §. 17. fin. de excusat., es müßte denn gerade die Anordnung propter inimicitias geschehen sein, l. 6. §. 17. cit., §. 9. J. de excus., Glück XXIX. S. 85 fgg., Rudorff II. S. 22 fgg.

3) Wenn zwischen dem Vater des Pupillen und dem designirten Tutor, oder zwischen diesem und dem Pupillen selbst eine controversia de statu ventilirt wird, so tritt ebenfalls eine excusatio, und zwar gewiß eine necessaria ein, §. 12. J. de excus. l. 6. §. 18. eod., l. 27. §. 1. de testam. tut. Dasselbe war auch nach früherem Rechte dann der Fall, wenn zwischen dem Pupillen und dem designirten Tutor ein Prozeß über das ganze Vermögen, oder doch den wichtigsten Bestandtheil desselben, oder über eine Erbschaft geführt wurde, l. 20. 21. pr. de excus., l. 16. C. eod., §. 4. J. eod. Dies ist jedoch von Justinian in Nov. 72. ausnehmend erweitert worden, indem da verfügt wurde, daß Niemand zur Führung der Vormundschaft zuzulassen sei, welcher in irgend einem Obligations-Verhältniß mit dem Pflegling, sei es als Gläubiger oder als Schuldner, stehe, wobei jedoch noch folgende speziellere Bemerkungen zu machen sind:

a) Behauptet der designirte Tutor, Kreditor des Pupillen zu sein, so muß er dies innerhalb der gewöhnlichen Exkusationsfristen auf gehörige Art beweisen, oder doch wenigstens seine Ueberzeugung beschwören. Hat er dagegen bei Uebernahme der Vormundschaft das Obligations-Verhältniß verheimlicht, so verliert er zur Strafe die Klage, aber gewiß nicht das ganze Recht, da hier eine exceptio in odium creditoris introducta vorliegt, Weber, nat. Verbindl. §. 94, Schwanert, Naturaloblig. S. 478, *Machelard*, des obligat. natur. p. 519 sqq.

b) Giebt der berufene Vormund an, er sei Schuldner des Pupillen, so tritt nur dann eine Exkusation ein, wenn das Schuldverhältniß ganz liquid ist. Verschweigt er aber in einem solchen Falle seine Schuld, so wird er durch Zahlung oder andere Tilgung während der Vormundschaft nicht liberirt.

c) Wird der Vormund erst während der Vormundschaft Gläubiger, so verliert er nicht die Tutel, sondern es wird ihm nur ein anderer Tutor oder Kurator beigeordnet.

d) Diese Grundsätze kommen bei jeder Art von Tutel, und namentlich auch bei der testamentarischen, zur Anwendung und die frühere entgegengesetzte Praxis beruht auf keinem nur irgend haltbaren Grunde, vgl. bes. Seuffert im ziv. Archiv XII. S. 304 fgg., s. auch Glück XXIX. S. 98 fgg., Rudorff II. S. 30 fgg. Wohl aber ist durch eine spätere Verfügung Justinians eine spezielle Ausnahme davon für die Mutter gemacht worden, Nov. 94. c. 1, was wohl gewiß auch auf die Großmutter, aber wohl schwerlich auf den Vater oder Großvater auszudehnen ist.

4) Wenn Vater oder Mutter durch letztwillige Verfügung eine bestimmte Person von der Führung der Tutel ausgeschlossen haben, so tritt ebenfalls eine excus. necessaria ein, l. 21. §. 2. de tutorib. et curatorib. datis (26, 5), l. un. C. si contra matris ultim. volunt. tutor datus sit (5, 47).

5) Eine excus. necessaria tritt auch bei denjenigen ein, die sich durch Zudringen zu einer Tutel verdächtig machen, namentlich wenn sie dieselbe erkaufen wollen, l. 21. §. 6. de tutor. vel curat. datis.

6) Ueberhaupt aber gilt auch noch die Regel, daß die Obervormundschaft auch abgesehen von den bisher angeführten Gründen, Jemanden von der Tutel ausschließen kann, wenn aus dessen Verwaltung mit Grund ein Nachtheil für den Pupillen zu erwarten ist, l. 3. §. 12. de suspect. tutor. (26, 10): generaliter, si qua justa causa praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, rejicere eum debebit, und so kann namentlich wegen schlechten Lebenswandels oder anderer ähnlicher Gründe eine excus. necess. eintreten.

3) Verbindlichkeit zur Uebernahme.

Inst. I. 25. de excusationibus tutorum vel curatorum; Dig. XXVII. 1. de excusationibus; Cod. V. 62. de excusationibus tutorum et curatorum et de temporibus earum; V. 63. si tutor vel curator falsis allegationibus excusatus sit; V. 64. si tutor vel curator rei publicae causa aberit; V. 65. de excusationibus veteranorum; V. 66. qui numero liberorum se excusant; V. 67. qui morbo se excusant; V. 68. qui aetate se excusant; V. 69. qui numero tutelarum. — Vaticana fragmenta tit. IV. de excusatione §. 123—248; Paul. R. S. II. 27—30. — Glück XXXI. S. 161 fgg., XXXII. S. 3 fgg., Rudorff II. S. 43 fgg., Sintenis III. §. 148.

a) Einzelne Exkusationsgründe. §. 271.

Anm. 1. Von einer angetragenen Tutel können sich exkusiren:

1) Soldaten, welche ehrenvoll entlassen sind. Haben sie ihre ganze Dienstzeit (bei den Römern der Regel nach 20 Jahre) ausgehalten, so sind sie für immer entschuldigt; jedoch nicht auch von der Tutel über Söhne und Töchter von Soldaten, die sie nur innerhalb eines Jahres, und nach einem Jahre nur dann ablehnen können, wenn sie schon eine solche Vormundschaft übernommen haben. Werden dagegen Soldaten vor Vollendung ihrer Dienstzeit ehrenvoll entlassen, so haben sie, wenn dies vor dem fünften Jahre geschieht, gar keine Exkusation; nach dem 5ten Jahre können sie sich aber ein Jahr, nach dem 8ten 2, nach dem 12ten 3, nach dem 16ten 4 Jahre lang entschuldigen. Vgl. besonders l. 8. h. t., Glück XXXI. S. 431 fgg., Rudorff II. S. 147 fgg.

2) Diejenigen, welche ein obrigkeitliches Amt begleiten, §. 3. J. h. t., l. 6. §. 14. 16, l. 17. §. 4. 5. h. t. Ob nach römischem Recht alle Magistrate dahin gehören, ist zwar bestritten, aber doch wohl nach richtiger Meinung anzunehmen, denn die angeführten Gesetze sprechen ganz allgemein, vgl. Rudorff II. S. 78 fgg. Wenn Glück XXXI. S. 268 fgg. das Reskript des Markus doch nur auf magistratus minores beziehen will, weil magistratus majores gar nicht zur Tutel berufen werden dürften, so ist dieser Grund blos für die tutela dativa begründet, nicht aber auch für die testamentaria und legitima, zu denen auch magistratus majores gerufen wurden.

3) Diejenigen Geistlichen, welche nicht schon unfähig sind, (s. §. 270. Anm.) l. 52. C. de episc. et cler. (1, 3), Nov. 123. c. 5.

4) Diejenigen Juristen, welche in das consilium principis aufgenommen sind, l. 30. h. t., l. 11. §. 2. de minorib. (4, 4).

5) Die in Staats- (nicht auch die blos in Stadt-) Angelegenheiten Abwesenden. Dieselben können sich nämlich während ihrer Abwesenheit und noch ein Jahr nachher gegen jede neu angetragene (s. darüber l. 45. pr. §. 1. de excus.) Vormundschaft exkusiren, §. 2. J. h. t., l. 10. pr. §. 2. h. t., l. 2. C. si tutor vel curator reip. causa aberit (5, 64). Das Jahr wird aber continue von dem Tage an berechnet, an welchem der Abwesende zurückgekehrt ist, oder doch ohne besondere Beschleunigung hätte zurückkehren können, l. 38. §. 1. ex quib. caus. major. (4, 5), l. 10. §. 3. h. t., l. 4. de vacat. et excus. muner. (50, 5). Eine schon früher übernommene Vormundschaft kann der reip. causa absens zwar ebenfalls deponiren, aber nur für die Dauer seiner Abwesenheit, so daß er bei seiner Rückkehr sogleich wieder eintreten muß, und ihm dabei auch der annus vacationis nicht zu Gute kommt, §. 2. J. h. t., l. 10. §. 2. h. t., l. 1. C. si tut. vel curat. reip. c. aberit. — Glück XXXI. S. 245 fgg., Rudorff II. S. 89 fgg.

6) Diejenigen, welche die Angelegenheiten des Fiskus oder des Prinzeps besorgen, §. 1. J. h. t., l. 22. §. 1, l. 41. pr. h. t., l. 10. C. h. t. Die Pachter fiskalischer Güter können dagegen keinen Anspruch auf Exkusation machen, l. 8. C. h. t., und die zu Zeiten hiergegen angeführte l. 13. C. qui dare tutores redet gar nicht von gewöhnlichen Pachtern, sondern von leibeigenen Kolonen.

7) Lehrer der Grammatik, Rhetorik, Philosophie und Rechtswissenschaft, so wie auch praktische Aerzte. Doch haben diese Alle nur dann eine Exkusation, wenn sie in ihrer patria oder origo oder in der Stadt Rom, als der communis omnium patria, durch obrigkeitliches Dekret in den, nach der verschiedenen Größe der Städte verschieden bestimmten numerus aufgenommen sind, §. 15. J. h. t., l. 6. §. 1—12. h. t. Ob auch die in l. 1. 2. C. de excusat. artific. (10, 64) genannten Künstler (Mechaniker, Geometer, Architekten, Maler u. s. w.) hierher gehören, wie Viele wollen, s. z. B. auch Glück XXXI. S. 343 fgg., (Göschen), Grundriß S. 373, muß wohl bezweifelt werden, denn wenn es auch in l. 1. cit. heißt: ab *universis* muneribus vacare praecipimus, so sind darunter doch gewiß nur die eigentlichen Kommunal-Munera zu verstehen, wie nicht nur aus der ganzen Stellung dieses Kodextitels, sondern insbesondere

auch noch aus l. 22. pr. h. t. hervorgeht, wo Modestin geradezu sagt: geometrae a tutelis non vacant; vgl. Rudorff II. S. 132.

8) Diejenigen, welche propter numerum liberorum privilegirt sind, und zwar ist dies für die in Rom Wohnenden dann der Fall, wenn sie drei, für andere Italiener, wenn sie vier, und für Provinzialen, wenn sie fünf Kinder haben. Erfordert wird aber, daß es leibliche, eheliche, schon geborene und nicht wieder gestorbene Kinder seien, wobei jedoch die, welche in einer Schlacht gefallen sind, für noch lebend angesehen werden. Daß die Kinder noch in väterlicher Gewalt seien, ist nicht nöthig, sondern auch die emancipati, ja selbst die in adoptionem dati, befreien von der Vormundschaft. Enkel von einem vorverstorbenen Sohne werden zwar mitgezählt, gelten aber immer nur für ein Kind. Pr. J. h. t., l. 2. §. 2—8, l. 18. 36. §. 1, l. 37. h. t., l. un. C. qui numero liberorum se excusant (5, 66). — Vat. fr. §. 168—170. 191—199. 247. — Wie viel Kinder h. z. T. erforderlich seien, muß nach Partikular-Recht bestimmt werden; ist hier nichts entschieden, so nimmt man jetzt regelmäßig die Zahl fünf an, Glück XXXI. S. 223 fgg., Rudorff II. S. 146 fgg.

9) Diejenigen, welche propter onus tutelarum privilegirt sind. Exkusirt wird nämlich der, welcher schon drei Vormundschaften (Tutelen oder Kuratelen) verwaltet, §. 5. J. h. t., l. 2. §. 3. h. t., l. un. C. qui numero tutelar. (5, 69), wobei es aber nicht sowohl auf die Zahl der Personen, als vielmehr auf die zu administrirenden Vermögens-Massen ankommt, §. 5. J. cit., l. 3, l. 31. §. ult. h. t. Macht jedoch die Verwaltung dieser Vormundschaften nur geringe Schwierigkeit, oder ist eine derselben ihrem Ende nahe, so darf man sich damit nicht exkusiren, so wie aber auch umgekehrt schon eine recht umfassende und schwierige Vormundschaft zur Exkusation hinreichen kann, l. 17. pr., l. 31. §. ult. h. t. Daß diese Vormundschaften gerade von derselben Person administrirt werden, ist nicht erforderlich, sondern „tria onera in *domo una* esse sufficit“, wobei nur vorausgesetzt wird, daß wenigstens Einer die Gefahr für sämmtliche Vormundschaften tragen muß, so daß sich also der Vater die Tutel seines Sohnes nicht anrechnen darf, in deren Uebernahme er nicht willigte, l. 4. §. 1, l. 5. h. t. Ueberhaupt kann aber auch keine Vormundschaft angerechnet werden, welche affectata ist, d. h. nach deren Erlangung der Vormund strebte, oder von der er sich doch nicht, während er es konnte, exkusirt hat, §. 5. J. h. t., Theoph. ad h. l., l. 15. §. 15. h. t., Vat. fr. §. 188, und endlich müssen auch die Vormundschaften, die zur Exkusation gebraucht werden sollen, schon wirklich begonnen haben, — wobei aber das periculum cessationis der wirklichen Administration gleichsteht —, und noch nicht wieder beendigt sein, wovon mehrere interessante Anwendungen in der vielbesprochenen l. 31. pr. §. 1—3. h. t. vorkommen, vgl. darüber Glück XXXII. S. 7 fgg., Rudorff II. S. 65 fgg.

10) Diejenigen, welche das 70te Lebensjahr überschritten haben, §. 13. J. h. t., l. 2. pr., l. 15. §. 11. h. t., l. 3. de jure immunitat. (50, 6), l. un. C. qui aetate se excus. (5, 68). Dies kann auch nicht als durch l. 3. C. qui aetate vel prof. se excus. (10, 49) abgeändert angenommen werden, denn abgesehen davon, daß diese Stelle gar nicht von der Tutel spricht, so muß da gewiß auch nach dem Vorschlag des Cujacius statt LV. gelesen werden

LXX., wie nicht nur aus der Stelle selbst („cum igitur *septuagenario* majorem te esse profitearis"), sondern insbesondere auch noch aus l. 10. C. de decurionib. hervorgeht, Thibaut im ziv. Arch. VIII. S. 544 fgg., (Göschen), Grundr. S. 373, Glück XXXII. S. 55 fgg., Rudorff II. S. 48 fgg.

11) Diejenigen, welche so arm sind, daß die Sorge für die eigene Erhaltung ihre ganze Zeit in Anspruch nimmt, §. 6. J. h. t., l. 7, l. 40. §. 1. h. t.

12) Diejenigen, welche so krank sind, daß sie nicht einmal ihren eigenen Angelegenheiten gehörig vorzustehen im Stande sind, §. 7. J. h. t., l. 10. §. 8, l. 45. §. 4. h. t. Im Falle einer blos vorübergehenden Krankheit wird nur ein interimistischer Kurator ernannt, l. 10. §. 8. cit.

13) Inwiefern Rustizitas, namentlich die Unkunde im Lesen und Schreiben, exkusire, ist nicht ganz ausgemacht. Paulus und Modestin führen in l. 6. §. 19. h. t., ein Reskript von Hadrian und Antonin des Inhalts an: Ejus qui se neget literas scire, excusatio accipi non debet, si modo non sit expers negotiorum, wogegen sich Justinian in §. 8. J. h. t. so äußert: Similiter eum, qui literas nescit, excusandum esse D. Pius rescripsit, quamvis et imperiti literarum possint ad administrationem negotiorum sufficere. Ob zwischen diesen Stellen ein Widerspruch vorhanden, und wie derselbe zu beseitigen sei, ist bestritten, Glück XXIX. S. 114 fgg., Rudorff II. S. 53 fgg. Das Richtigste scheint mir, auch die Institutionen-Stelle so zu interpretiren, daß die Unkunde im Lesen und Schreiben nicht unbedingt, sondern nur dann entschuldigt, wenn sich damit Geschäfts-Unerfahrenheit vereinigt, eine Erklärung, die besonders durch das *similiter* unterstützt wird, indem im vorhergehenden §en eine Exkusation angegeben wird, für welche ebenfalls keine unbedingte Regel gilt.

14) Diejenigen, welche nicht an dem Orte domilizirt sind, wo sie zu Vormündern bestellt sind, l. 46. §. 2. h. t. Damit hängt zusammen, daß man sich auch gegen die Administration solcher Güter exkusiren kann, die in einer anderen Provinz oder 100 Millien von dem Wohnort des Tutors entfernt liegen, l. 10. §. 4, l. 19, l. 21, §. 2. 4. h. t., l. 11. C. h. t., Glück XXXII. S. 59 fgg., S. 73, Rudorff II. S. 71 fgg., Sintenis cit. Nr. 7.

Andere in den Quellen noch angeführte Exkusationen haben für das praktische Recht ihre Bedeutung verloren, wie namentlich die der gekrönten Athleten, l. 6. §. 3. h. t., der Mitglieder gewisser Zünfte und Innungen, l. 17. §. 2. 3, l. 26, l. 41. §. 3, l 46. pr. §. 1. h. t., l. 24. C. h. t., der primipilares, l. 8. §. ult. h. t., und der patrimoniales coloni, l. ult. C. qui dare tutores (5, 34).

Noch sind hier einige allgemeine Bemerkungen hinzuzufügen:

a) Wenn mehrere unvollständige Exkusations-Gründe zusammentreffen, so kann daraus kein Exkusations-Grund entnommen werden, l. 15. §. 11. h. t., l. 1. §. 3. de vacat. et excus. mun. (50, 5), l. un. C. qui num. tutel. (5, 69). Die entgegengesetzte Ansicht findet sich noch bei Paulus in Vat. fr. §. 245.

b) Die angeführten Exkusationen können bei jeder Art von Vormundschaft, und namentlich auch bei der gesetzlichen zur Anwendung kommen:

denn obwohl dies Cujacius ad l. 13. pr. h. t. läugnet, besonders wegen l. 13. cit. und §. 16. J. h. t., weil hier blos von dativi und testamentarii die Rede sei, so ist dies doch, wie auch die Neueren allgemein anerkennen, durchaus unrichtig, vgl. auch Theoph. ad §. 16. J. cit., l. 2. §. 5, l. 30. §. 2. h. t., l. 3. §. 8. de leg. tut., l. 1. 4. C. de leg. tut. (5, 30), l. 9. C. qui dari (5, 34), Nov. 118. c. 5, Zimmern, Rg. I. S. 903 fgg. Not. 2. Glück XXXI. S. 181 fgg., Rudorff II. S. 11 fgg.

c) In manchen Fällen kann auch von einer an sich begründeten Exkusation kein Gebrauch gemacht werden, und zwar kommt dies, abgesehen von dem jetzt nicht mehr anwendbaren Falle bei Freigelassenen, vornämlich vor: 1) wenn der Vormund dem Vater versprochen hat, die Tutel über die Kinder übernehmen zu wollen, §. 9. J. h. t., l. 15. §. 1. h. t., Vat. fr. §. 153; — 2) wenn der Vormund den letzten Willen selbst geschrieben hat, in welchem der Vater ihn ernannte, l. 29. de testam. tut. (26, 2), l. 18. §. 1. de lege Cornel. de fals. (48, 10); — 3) wenn der Vormund ohne sich zu exkusiren schon wirklich die Administration übernahm, Vat. fr. §. 154, l. 2. C. si tutor vel curator fals. allegat. excus. sit (5, 63); — 4) wenn der tutor testamentarius das ihm im Testamente ausgesetzte Vermächtniß angenommen hat, l. 5. §. 2. de his quae ut indign. (34, 9).

Anm. 2. In der vorigen Anm. war von den Exkusationen die Rede, die Jemanden von einer neu deferirten Tutel befreien können. In einigen Fällen darf aber auch der Vormund eine schon übernommene Tutel niederlegen, und zwar:

1) wenn er sich in Staatsangelegenheiten über die See entfernt, l. 11. §. 2. de minor. (4, 4).

2) Wenn der Vormund in das consilium principis aufgenommen wird, l. 11. §. 2. de minor.

3) Wenn der Vormund mit Erlaubniß des Regenten sein Domizil ändert, vorausgesetzt, daß der Regent von der Vormundschaft Kenntniß gehabt hat, l. 12. §. 1. h. t.

4) Wenn der Vormund krank wird, s. oben Anm. 1. Nr. 12. Daß auch das Alter hierher gehöre, wie z. B. *Voet* ad h. t. §. 7. behauptet, wird nicht nur durch l. 2. pr. h. t., sondern jetzt auch noch bes. durch Vat. fr. §. 238. widerlegt, Glück XXXII. S. 51, Rudorff II. S. 51.

Anm. 3. Ueber die, im Justinianischen Rechte bei der Vormundschaft nicht mehr erwähnte, potioris nominatio vgl. Vat. fr. §. 157—67. §. 206—19. §. 242. 246, *de Buchholtz*, diss. ad orat. D. Severi de potioribus nominandis. Regiom. 1824. Dess. exc. II. de potiorib. ad tutel. nominandis in seiner Ausgabe der Vat. fragm. p. 326 sqq., Zimmern, Rg. I. §. 242, Glück XXXII. S. 142 fgg., Rudorff II. S. 7 fgg., S. 161 fgg., S. 184 fgg.

b) Exkusations-Prozeß. §. 272.

1) *Ulp.* l. 1. §. 5. quando appelland. sit (49, 4): Si quis tutor datus fuerit vel testamento vel a quo alio, qui jus dandi

habet, *non oportet eum provocare;* hoc enim D. Marcus effecit; sed intra tempora praestituta excusationem allegandam habet, et si fuerit pulsa, tunc demum appellare debebit; caeterum ante frustra appellatur.

2) §. 16. J. de excus.: Qui autem excusare se volunt, non appellant, sed intra dies quinquaginta continuos, ex quo cognoverunt, excusare se debent, cujuscunque generis sunt, id est qualitercunque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sunt ab eo loco, ubi tutores dati sunt; si vero ultra centesimum habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum amplius triginta dierum, quod tamen, ut Scaevola dicebat, sic debet computari, ne minus sint quam quinquaginta dies. Vgl. l. 13. §. 1 sqq. de excusat.

3) *Paul.* l. 38. h. t.: Quinquaginta dierum spatium tantummodo ad contestandas excusationum causas pertinet; peragendo enim negotio ex die nominationis continui quatuor menses constituti sunt. (Ueber die Bedeutung des dies nominationis vgl. Glück XXXII. S. 197 fgg., Rudorff II. S. 199 fgg.).

4) Verbindlichkeiten bei der Uebernahme. §. 273.

Inst. I. 24. de satisdatione tutorum vel curatorum; Dig. XLVI. 6. rem pupilli vel adolescentis salvam fore; Cod. V. 42. de tutore vel curatore, qui satis non dedit.

1) R. P. O. v. 1577. Tit. 32. §. 2: Daß ein jeglicher Vormünder, er sei gleich in Testamentsweis verordnet, oder durch das Recht oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sei ihm dann zuvor durch die Obrigkeit dezernirt und befohlen. — Vgl. Kraut, Vorm. I. S. 236 fgg.

2) *Julian.* l. 7. §. 1. de curat. fur. (27, 10): Curator dementi datus decreto interposito: *uti satisdaret,* non cavit, et tamen quasdam res de bonis ejus legitimo modo alienavit: si heredes dementis easdem res vindicent, quas curator alienavit, et exceptio opponetur: *si non curator vendiderit,* replicatio dari debet: *aut si satisdatione interposita secundum decretum vendiderit;* quod si pretio accepto curator creditores furiosi dimisit, triplicatio doli tutos possessores praestabit.

3) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 3. C. h. t. oder l. 4. C. in quib. caus. in integr. rest. nec. n. est: In dubium non venit,

tutores, qui testamento dati non sunt, administrandi potestatem nisi satisdatione emissa: salvam tutelam fore, non habere. Si igitur tutor, qui pro tutelari officio non caveat, judicio expertus est, adversus eum lata sententia juri tuo officere non potuit, nec ea quae ab eo gesta sunt, ullam firmitatem obtinent. Frustra igitur in integrum restitutionis auxilium desideras, quando ea, quae ab eo gesta sunt, ipso jure irrita sunt. — Eine interessante Anwendung findet sich in l. 7. §. 2. de curat. furios., worüber Keller, Litisk. und Urth. S. 335 fgg. und Rudorff II. S. 224 fgg. zu vergleichen sind.

B. Von der Verwaltung der Tutel.

Im Allgemeinen. §. 274.

Dig. XXVI. 7. de administratione et periculo tutorum et curatorum, qui gesserint vel non; Cod. V. 37. de administratione tutorum vel curatorum.

1) *Callistrat.* l. 33. pr. de adm.: A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet. — Ob auch die l. 57. pr. eod. hierher gehört, hängt von der sehr bestrittenen (vgl. Hasse, Kulpa S. 220. Not., Glück XXX. S. 253 fgg., Rudorff III. S. 73. Not. 9) Lesart ab: Chirographis debitorum incendio exustis quum ex inventario tutores convenire eos possent ad solvendam pecuniam, aut novationem faciendam cogere, quum idem circa priores debitores propter eundem casum fecissent, et id omisissent circa debitores pupillorum, an, si quid propter hanc cessationem eorum pupilli damnum contraxerunt, judicio tutelae consequantur? Respondit, si approbatum fuerit, eos tutores hoc per dolum vel culpam praetermisisse, praestari ab his hoc debere. Liest man mit der Florent. und den Basiliken (ap. Fab. tom. III. p. 117. und tom. IV. p. 843.) *priores* debitores, so enthält diese Stelle keinen Beweis für die dilig. in concreto, obwohl sie auch nichts dagegen ausspricht. Liest man aber mit Haloander, dem die meisten Neueren aus inneren Gründen beistimmen, *proprios* debitores, so ist darin allerdings eine direkte Anwendung des richtigen Grundsatzes enthalten.

2) *Paul.* l. 53. §. 3. de furt. (47, 2): Qui alienis ne-

gotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa ejus res perierit, sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actione ei cedat. Eadem sunt in eo, qui pro tutore negotia gerit vel in eo tutore, qui diligentiam praestare debeat, veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis oblata satisdatione solus administrationem suscepit.

Insbesondere:

1) Sorge für die Person des Pupillen. §. 275.

Dig. XXVII. 2. ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis ei praestandis; Cod. V. 49. ubi pupilli educari debeant; V. 50. de alimentis pupillo praestandis. — Burchardi, gemeinrechtl. Erziehungsrecht, im ziv. Arch. VIII. S. 161 fgg.; Rudorff II. S. 250 fgg.

2) Sorge für das Vermögen.

Im Allgemeinen. §. 276.

Insbesondere:

a) Veräußerungen. §. 277.

Dig. XXVII. 9. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis; Cod. V. 71. de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis; V. 72. quando decreto opus non est; V. 73. si quis ignorans, rem minoris esse, sine decreto comparaverit; V. 74. si major factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit. — Glück XXXII. S. 444 fgg., Rudorff II. S. 383 fgg., Bachofen, ausgew. Lehren S. 119 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. h. t.: Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere. §. 1. Quae oratio in Senatu recitata est Tertyllo et Clemente Css. Idibus Juniis [a. 195. p. Chr. n.]. §. 2. Et sunt verba ejus hujusmodi: *„Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel sub„urbana* [vgl. Dirksen, Versuche S. 95 fgg.] *distrahant, nisi*

„ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Quodsi „forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit „exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur, qui „pro sua religione aestimet, quae possunt alienari, obligarive „debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari, „obreptum esse praetori. Si communis res erit, et socius ad „divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a „parente pupilli acceperit, jus exsequetur, nihil novandum „censeo“. (Ueber die späteren Modifikationen dieser oratio durch Constantin s. l. 2. C. si advers. vendit. (2, 27), l. 22. C. de adm. (5, 37) und l. 4. C. quando decreto opus non est (5, 72) [welche drei Verordnungen nur Stücke eines Constantinischen Edikts sind], und durch Justinian s. l. 25. 27. 28. C. de administr. und Nov. 72. c. 5. 6. 7. Vgl. Zimmern, Rg. I. §. 246, Rudorff II. S. 383 fgg.

2) *Justinian.* l. 3. C. si major. factus: — — Ideoque praecipimus, si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem, id est post XXV annos, connumerandos, nihil conquestus est super tali alienatione vel suppositione is, qui eam fecit vel heres ejus, minime posse retractari eam occasione praetermissionis decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita. Quum autem donationes a minoribus nec cum decreto celebrari possint, si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium, excepta propter nuptias donatione, transscripserit, non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post XXV annos impletos inter praesentes quidem decennium, inter absentes autem vicennium donatore acquiescente effluxerit, ut tamen in heredis persona illud tantummodo tempus accedat, quod post ejusdem heredis minoris aetatem silentio transactum sit. Vgl. v. Berg, jurist. Beobacht. und Rechtsfälle I. 7; v. Bülow, Abhandl. über einzelne Materien des röm. bürgerl. Rechts I. 10; Marezoll im ziv. Archiv VIII. S. 279 fgg.; v. Buchholtz, jurist. Abh. No. 19; Unterholzner, Verjährungslehre II. §. 163; Glück XXXIII. S. 73 fgg.; Rudorff II. S. 435 fgg.

b) Annahme von Zahlungen. §. 278.

2) Von dem Formellen der Verwaltung.

a) Auctoritatis interpositio. §. 279.

Inst. I. 21. de auctoritate tutorum; Dig. XXVI. 8. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum; Cod. V. 59. de auctoritate praestanda. Vgl. oben §. 263.

1) *Paul.* l. 3. h. t.: Etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas ejus, quum se probare dicit id, quod agitur, hoc est enim auctorem fieri.

2) §. 2. J. h. t.: Tutor statim, in ipso negotio praesens, debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit.

3) *Ulp.* l. 8. h. t.: Et si conditionalis contractus cum pupillo fiat, tutor debet pure auctor fieri; nam auctoritas non conditionaliter sed pure interponenda est, ut conditionalis contractus confirmetur.

4) *Ulp.* l. 1. §. 2. de adm. et peric. (26, 7): Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi judicium suscipiant, sive pupillus ipsis auctoribus — —. Licentia igitur erit, utrum malint ipsi judicium suscipere, an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus judicium suscipiatur, ita tamen, ut pro his, qui fari non possint vel absint, ipsi tutores judicium suscipiant, pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt et praesto fuerint, auctoritatem praestent.

5) *Idem* l. 7. h. t.: Quod dicimus, in rem suam auctoritatem accomodare tutorem non posse, toties verum est, quoties per semet vel subjectas sibi personas acquiritur ei stipulatio; ceterum negotium ei geri per consequentias, ut dictum est, nihil prohibet auctoritas.

6) *Justinian.* l. ult. C. h. t.: Veterem dubitationem amputantes, per quam testamentarii quidem vel per inquisitionem dati tutoris et unius auctoritas sufficiebat, licet plures fuerant, non tamen diversis regionibus destinati, legitimi autem vel simpliciter dati omnes consentire compellebantur, sancimus, si plures tutores fuerint ordinati sive in testamento paterno, sive ex lege vocati, sive a judice vel ex inquisitione vel simpliciter dati, unius tutoris auctoritatem pro omnibus tutoribus

sufficere, ubi non divisa est administratio vel pro regionibus, vel pro substantiae partibus. Ibi etenim necesse est singulos pro suis partibus vel regionibus auctoritatem pupillo praestare, quia in hoc casu non absimiles esse testamentariis et per inquisitionem datis legitimos et simpliciter datos jubemus, eo quod fidejussionis onere praegravantur et subsidiariae actionis adminiculum speratur. Sed haec omnia ita accipienda sunt, si non res, quae agitur, solutionem faciat ipsius tutelae, utputa si pupillus in arrogationem se dare desiderat. Etenim absurdum est, solvi tutelam non consentiente sed forsitan ignorante eo, qui tutor fuerat ordinatus. Tunc etenim, sive testamentarii sive per inquisitionem dati, sive simpliciter creati sunt, necesse est, omnes suam auctoritatem praestare, ut quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur. Quae omnia simili modo et in curatoribus observari oportet.

Anm. In mancher Beziehung bestritten ist es, wie es sich verhalte, wenn ein Unmündiger ohne die Auktoritas seines Vormundes Rechtsgeschäfte abschließt. Soviel ist zwar gewiß, daß er, wenn er nur über die Jahre der infantia hinaus ist, sollte er auch noch infantiae proximus sein, sich durch seine eigenen Handlungen Rechte erwerben kann, §. 9. 10. J. de inutil. stipul. (3, 9), l. 28. pr. de pact. (2, 14), l. 9. pr. de auct. et cons. (26, 8), l. 11. de adqu. rer. dom. (41, 1), l. 9. de novat. (46, 2), l. 2. de acceptil. (46, 4), und auch das ist unzweifelhaft, daß er, wenn er nur doli capax ist, durch Delikt, l. 5. §. 2. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 23. de furt. (47, 2), l. 111. pr. de R. J. (über den Entwicklungsgang dieses Dogma s. Goldschmidt im ziv. Arch. XXXIX. S. 440 fgg.), und daß er überhaupt dann obligirt wird, *si ex re actio venit*, l. 46. de O. et A. (44, 7), l. 29. pr. comm. divid. (10, 3), l. 2. commodati (13, 6), l. 33. pro soc. (17, 2) u. s. w., während jede durch seinen Willen übernommene Verbindlichkeit, ohne daß es einer Restitution bedarf, l. 16. pr. de minor. (4, 4), l. 6. §. 5. de confessis (42, 2), jure civili von selbst ungiltig ist, l. 8. pr. de acqu. vel om. hered. (29, 2), l. 43. de O. et A. (44, 7), pr. J. de auct. (1, 21), l. 1. §. 2. de const. pec. (13, 5), l. 9. de instit. act. (14, 3) u. s. w., von welchem Rechtssatze jedoch durch ein Reskript von Antoninus Pius die wichtige Ausnahme vorkommt, daß aus jedem ohne die Auktoritas des Vormunds abgeschlossenen Rechtsgeschäft bis zum Belauf der Bereicherung zur Zeit der Litis-Kontestation, utiliter gegen den Pupillen geklagt werden kann, und soweit also alle Obligationen desselben mit den Wirkungen einer civilis obligatio versehen sind, l. 5. pr. de auct. et cons., vgl. l. 3. §. 4, l. 6. pr., l. 34, l. 37. pr. de negot. gest. (3, 5), l. 3. pr. commod. (13, 6), l. 10. de instit. act. (14, 3), l. 8. §. 15. ad SC. Vellej. (16, 1), l. 1. §. 15. depos. (16, 3), l. 1. pr. de auct. et cons., l. 66. de solut. (46, 3).

Ob aber nicht überhaupt aus Rechtsgeschäften, die der Pupill ohne seinen Tutor abschließt, wenigstens eine *naturalis obligatio* entstehe, war früher und ist auch noch h. z. T. ausnehmend bestritten, und sehr Viele, z. B. auch noch Savigny, Obligg. I. S. 61 fgg., nehmen an, daß auch selbst schon unter den römischen Juristen verschiedene Meinungen geherrscht hätten. Während nämlich in einer ganzen Reihe von Gesetzen eine natürliche Verbindlichkeit anerkannt wird, vgl. §. 3. J. quib. mod. oblig. toll. (3, 30), l. 42. pr. de jurejur. (12, 2), l. 21. pr. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 64. ad SC. Treb. (36, 1), l. 25. §. 1. quando dies legat. (36, 2), l. 19. §. 4. de donat. (39, 5), l. 1. §. 13. de O. et A. (44, 7), l. 127. de V. O. (45, 1), l. 25. de fidejuss. (46, 1), l. 1. §. 1. de novat. (46, 2), l. 44, l. 95. §. 2. 4. de solut. (46, 3), scheint dieselbe in zwei Gesetzen völlig abgeleugnet zu werden, nämlich in l. 41. de condict. indeb. (12, 6):

> Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit et solverit, ejus repetitio est, quia nec natura debet,

und in l. 59. de O. et A. (44, 7):

> Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur.

Viele (z. B. auch noch Puchta, Lehrbuch §. 237. Not. h.) wollen mit *Martinus* in glossa ad l. 25. de fidejuss. und *Cujac.* ad l. 127. de V. O. dadurch eine Vereinigung herbeiführen, daß sie die ersten Stellen nur von solchen Fällen verstehen, in denen der Pupill bereichert sei, was aber gewiß nicht angeht, denn nicht nur, daß wenigstens seit Antoninus in solchem Falle eine *civilis* obligatio eintritt, und man also nicht einsehen kann, wie auch noch spätere Juristen hier von einer naturalis hätten reden können, so wird auch in manchen Gesetzen geradezu über das Maaß der Bereicherung hinaus eine naturalis obligatio anerkannt, vgl. l. 3. §. 4. de negot. gest. (3, 5), l. 25. §. 1. quando dies legati (36, 2), l. 95. §. 2. de solut. (46, 3). — Andere nehmen daher mit Accursius und Donellus comm. XII. c. 22. einen Unterschied an zwischen pupilli infantiae proximi und pubertati proximi, indem zwar aus den Rechtsgeschäften der Letzteren, aber nicht auch aus denen der Ersteren eine naturalis obligatio entstehe. Aber eine solche Unterscheidung wird in keiner einzigen der angeführten Stellen auch nur angedeutet, und überhaupt wird im röm. Recht zwischen infantiae und pubertati proximi nur in Beziehung auf Imputabilität unterschieden, und in kontraktlichen Verhältnissen vielmehr die Gleichheit Beider hervorgehoben, §. 10. J. de inut. stipul. (3, 19), l. 1. §. 13. de O. et A. — Die meisten Neueren wollen durch eine Unterscheidung zwischen dem Pupillen selbst und dritten Personen helfen; der Pupill selbst sei, abgesehen von dem Fall der Bereicherung, gar nicht, und auch nicht einmal naturaliter verpflichtet; für dritte Personen dagegen, wie namentlich Erben und accessorisch Verpflichtete müße man allerdings die Existenz einer naturalis obligatio annehmen, vgl. Weber, nat. Verb. §. 71, Glück IV. S. 66 fgg., Reinhardt, nat. Verb. §. 72, Roßhirt in seiner Zeitschr. I. Heft 2. S. 130 fgg., Unterholzner, Schuldverh. I. S. 157 fgg., und im Wesentlichen auch *Molitor*, obligat. I. p. 39 sqq. und Brinz, krit. Blätter Nr. 3. S. 15 fg. Jedoch

33*

erscheint auch dieser Ausweg ungenügend, da es zivilistisch inkonsequent ist, beim Nichtvorhandensein einer prinzipalen Obligation die Existenz einer accessorischen annehmen zu wollen, und daß auch wirklich in der Person des Pupillen selbst eine Obligation anerkannt wird, geht klar genug daraus hervor, daß eine von ihm unter der Auktoritas des Tutor oder nach erreichter Mündigkeit geschehene Zahlung als wahre Solution gilt (s. unten Nr. 2), und daß bei zweiseitigen Geschäften ihm gegenüber die Einrede der Retention und bzw. der Kompensation vollkommen begründet ist (s. unten Nr. 3). — Eine eigenthümliche Meinung hat endlich noch neuerlich Brandis in seiner schätzbaren Abhandlung über absolute und relative Nullität in der Gießer Zeitschr. VII. S. 149 fgg. vertheidigt. Hiernach nämlich ist der Pupill allerdings naturaliter obligirt, aber diese naturalis obligatio sei insofern sehr eigenthümlich, daß die hauptsächliche Wirkung einer solchen, nämlich die exceptio des Mitkontrahenten, dabei wegfalle, denn dieselbe werde gegen den Pupillen nur im Falle einer Bereicherung gestattet, *Gai.* II. 84. §. 2. J. quib. alien. (2, 8), l. 13. §. 1. de cond. ind. (12, 6), l. 4. de dol. mal. exc. (44, 4), l. 15. 47. pr. de solut. (46, 3), so wie auch dem Pupillen ausdrücklich das Rückforderungsrecht eingeräumt werde, wenn er erfüllt habe, l. 41. de cond. indeb. (12, 6). Daraus nun, daß die hauptsächlichste Wirkung der naturalis obligatio hierbei nicht eintrete, erklärten sich am einfachsten die beiden Stellen, in denen gesagt sei, daß der Pupill auch nicht einmal naturaliter hafte. Alle übrigen Wirkungen der natürlichen Verbindlichkeit seien dagegen allerdings anzunehmen, so daß also z. B. Interzessionen und Novationen dabei vorkommen könnten, daß die an die Erben geleistete Zahlung in die quarta Falcidia eingerechnet werde u. dgl., ja es finde sogar dann, wenn nicht mehr die ursprünglichen Personen in Frage seien, auch wieder solutio retentio Statt, so daß nicht nur der Gläubiger gegen die Erben des Pupillen durch retentio geschützt sei, l. 64. pr. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 95. §. 2. de solut. (46, 3), sondern auch der Pupill selbst sein Rückforderungsrecht nicht ausüben dürfe gegen die Erben des Gläubigers, l. 21. pr. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 64. pr. ad SC. Trebell., l. 25. §. 1. quando dies legator. (36, 2), l. 44. de solut. (46, 3). So sehr man auch anerkennen muß, daß bei Begründung dieser Ansicht unsere Quellen umfassender benutzt worden sind, als bei irgend einer früheren, so kann man ihr doch bei genauerer Betrachtung nicht beitreten, sondern man muß wohl folgende Sätze aufstellen:

1) Der Pupill kann ohne die Auktoritas seines Vormundes keine giltige Zahlung leisten, weil er überhaupt nicht giltig veräußern kann. Das, was er gezahlt hat, kann demnach immer vindizirt und resp. kondizirt werden, §. 2. J. quib. alien. licet (2, 8), l. 19. §. 1. de R. C. (12, 1), l. 29. de cond. indeb. (12, 6), l. 9. §. 2. de auct. et cons. (26, 8), l. 14. §. 8, l. 15. de solut. (46, 3), was nur in Gemäßheit allgemeiner Grundsätze insofern eine Modifikation erleidet, daß die Rückforderungs-Klage dann durch eine exceptio doli entkräftet wird, wenn der Pupill gerade das gezahlt hat, wegen dessen auch eine wirksame Klage gegen ihn hätte angestellt werden können. Hiernach aber versteht es sich von selbst, daß dann, wenn der Unmündige ohne Vormund eine Verbindlichkeit auf sich genommen, ohne bereichert zu sein, und gezahlt hat, die

condictio schlechthin begründet ist, und wenn Rudorff II. S. 280. dies leugnet und vielmehr das Prinzip aufstellt, der Unmündige könne das Gezahlte nicht zurückfordern, so ist dies irrig, und die dafür angeführten Gesetze — l. 42. pr. de jurejur. (12, 2), l. 13. §. 1, l. 14. de cond. indeb. (12, 6), l. 21. pr. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 64. pr. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 25. §. 1. quando dies (36, 2), l. 44. de solut. (46, 3) — sind theils von solchen Fällen zu verstehen, in denen der Mündel gerade nur das zahlte, um was er durch das eingegangene Rechtsgeschäft bereichert ist, theils davon, wenn der Mündel tutore auctore Zahlung geleistet hat. Allerdings aber richtig ist es, was Brandis bemerkt, daß, wenn nicht der Pupill, sondern dessen Erben gezahlt haben, dem Kreditor die soluti retentio zusteht, denn den Erben ist ja eine Veräußerung nicht verboten. Was aber Brandis ferner behauptet, daß auch dann die Zurückforderung wegfalle, wenn der Mündel an die Erben des Kreditor Zahlung geleistet habe, ist irrig, denn in den dafür angeführten Gesetzen (s. oben) ist die Zurückforderung nicht aus dem von Brandis angeführten Grunde, sondern darum ausgeschlossen, weil hier die Zahlung tutore auctore erfolgt war. — Wenn nun hiernach das von dem Pupillen ohne Tutor Gezahlte stets kondizirt werden kann, und also dem Gläubiger nicht einmal die *soluti* retentio zusteht, so kann derselbe wohl unzweifelhaft noch viel weniger durch anderweite Retention oder durch Kompensation sein Forderungsrecht geltend machen — was nur bei zweiseitigen Geschäften eine begreifliche Ausnahme leidet, s. Nr. 3 —, und da es demnach dem Gläubiger an allem und jedem Mittel fehlt, nicht blos an einer actio, sondern selbst auch an einer *exceptio*, um seinen Anspruch zu realisiren, da also gegen den Pupillen weder ein direkter noch indirekter Zwang Statt findet, so konnte wohl insofern in l. 41. und l. 59. citt. gesagt werden, daß der Pupill „nec natura debet", und daß er „ne quidem jure naturali obligatur".

2) Abgesehen von dieser Eigenthümlichkeit ist aber allerdings eine wahre naturalis obligatio begründet, und es kommen davon hauptsächlich folgende Anwendungen in den Gesetzen vor:

a) Wenn der Pupill tutore auctore, oder nach erlangter Mündigkeit, Zahlung leistet, oder wenn die Zahlung von den Erben des Pupillen oder auch von einem Dritten geschieht, so ist dieses eine wirkliche *solutio debiti*, vgl. l. 42. pr. de jurejur. (12, 2), l. 13. §. 1. de cond. indeb. (12, 6), l. 21. pr. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 64. pr. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 25. §. 1. quando dies leg. (36, 2), l. 95. §. 2. de solut. (46, 3).

b) Die obligatio des Pupillen kann novirt werden, l. 19. §. 4. de donat. (39, 5), und der Pupill kann durch seine expromissio noviren, l. 1. §. 1. de novat. (46, 2), Gai. III. 176. Wenn es in l. 20. §. 1. de novat. heißt „pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare", so soll damit nicht geleugnet werden, daß der frühere Schuldner liberirt werde, sondern der Sinn ist nur, daß die nova obligatio des Pupillen jure civili nicht rechtsbeständig sei.

c) Für die obligatio der Unmündigen können Bürgschaften rechtsgültig bestellt werden, l. 35. de recept. (4, 8), l. 42. pr. de jurejur. (12, 2),

l. 127. de V. O. (45, 1), l. 2. 25. de fidejuss. (46, 1), l. 95. §. 4. de solut. (46, 3). Daß dasselbe auch von einem constitutum debiti alieni und von einer Verpfändung von Seiten eines Dritten gilt, kann keinem Zweifel unterliegen.

d) Das rechtsgültig (s. lit. a) an den Erben Gezahlte muß von diesem in die Falzidische Quart eingerechnet werden, l. 21. pr. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 44. de solut. (46, 3).

e) Die Forderung an einen Pupillen kann den Gegenstand eines legatum nominis abgeben, l. 25. §. 1. quando dies (36 2).

3) Was noch insbesondere die zweiseitigen von einem Pupillen ohne Auktorität des Vormunds abgeschlossenen Verträge anbelangt, so geht die allgemein herrschende Meinung dahin, daß ein s. g. contractus claudicans entstehe, d. h. der Pupill habe die Wahl, ob er das Geschäft bestehen lassen wolle oder nicht; im ersteren Falle müsse er natürlich von seiner Seite vollständig erfüllen, während im zweiten Falle das ganze Geschäft für beide Theile zusammenfalle. — So allgemein verbreitet aber auch diese Ansicht ist, (vgl. selbst noch Savigny, Syst. III. S. 40, Puchta, Lehrb. §. 232, Arndts Lehrb. §. 234 u. A. m.), so ist sie doch in den Gesetzen nicht begründet, denn nicht nur, daß sie dort nirgends ausgesprochen ist, so widerspricht sie auch, wie überhaupt die relative Nullität, der Natur der Sache und dem Geiste des römischen Rechts, nam iniquum est, non esse mihi cum illo actionem, si nolit, illi vero, si velit, mecum, l. 3. §. 2. mandati (17, 1). Man muß vielmehr folgendes Prinzip aufstellen: der Mitkontrahent des Pupillen ist stets vollständig an alle von ihm übernommenen Verbindlichkeiten gebunden; der Pupill ist zwar naturaliter ebenfalls auf das Ganze, civiliter aber nur in quantum locupletior factus est, verpflichtet. Dieser Satz ist offenbar eine konsequente Folge der oben entwickelten Grundsätze, und wird noch insbesondere durch klarredende Gesetze bestätigt, vgl. vorz. pr. J. de auctor. tut. (1, 21), l. 13. §. 29. de act. emt. (19, 1), l. 5. §. 1. de auct. et cons. tut. (26, 8), und dazu auch die oben angef. Gesetze über das Reskript von Antoninus Pius, deren Inhalt sich ebenfalls mit der gewöhnlich angenommenen Meinung nicht vereinigen läßt. Vgl. besonders Brandis a. a. O. S. 154 fgg. und Dernburg, Kompens. S. 70 fgg. Hierbei kommt aber eine beachtenswerthe Modifikation des oben bei Nr. 1. Bemerkten vor. Während nämlich, wie dort angedeutet ist, der Gläubiger eines Pupillen in der Regel seine Forderung nicht einmal durch Einreden geltend machen kann, so leidet dieses dann eine Ausnahme, wenn von einer aus einem zweiseitigen Geschäfte hervorgegangenen Gegenforderung die Rede ist, indem wegen einer solchen der Mitkontrahent dem klagenden Pupillen unbedenklich eine Retentions- und bzw. Kompensations-Einrede entgegensetzen kann, vgl. l. 3. §. 4. de negot. gest. (3, 5):

> „Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum D. Pii etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior, *agendo autem compensationem ejus quod gessit patitur*“.

und l. 7. §. 1. de rescind. vendit. (18, 5):

> „Item potest quaeri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit, ut

discedatur ab emtione, an perinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, *sed agente eo retentiones competant?*“

Wenn Manche dies mit der Beschränkung verstehen wollen, daß die Einrede nur bis zum Belauf der Bereicherung statthaft sei, so ist dies gewiß unhaltbar. Augenscheinlich kann in l. 3. §. 4. cit. das „quod gessit“ nicht, wie z. B. Brandis S. 161 fgg. will, als gleichbedeutend mit dem „quod locupletior factus est“ angesehen werden, so daß der Sinn der Stelle nur der wäre, „wenn der Mündel aus seiner Geschäftsführung verklagt wird, so haftet er bis zum Belauf der Bereicherung; klagt er aber selbst, so kann ihm eben auch, so weit er bereichert ist, die Kompensationseinrede entgegengehalten werden“; sondern offenbar wird hier der Gegensatz ausgesprochen: „durch eine Klage kann der Geschäftsherr nur das von dem Mündel abholen, um was derselbe bereichert ist; auf dem Wege der Komp.-Einrede dagegen kann er Alles erlangen, was der Mündel durch seine Geschäftsführung schuldig geworden ist“. Und daß auch in l. 7. §. 1. cit. nicht, wie z. B. Brandis S. 179 fgg. meint, an eine Retention blos bis zum Belauf der Bereicherung gedacht werden darf, geht schon daraus hervor, weil unter dieser Voraussetzung das „ipse non teneatur“ geradezu falsch sein würde. Mit voller Evidenz erhellt also aus diesen Stellen, daß bei zweiseitigen Geschäften wegen der gesammten Gegenforderung die Retentions- und bzw. Kompensations-Einrede dem Pupillen entgegengesetzt werden kann. Wenn aber nicht Wenige daraus auch den weiter gehenden Satz ableiten wollen, daß dem Gläubiger eines Pupillen überhaupt das Recht zustehe, seine Naturalforderung durch Einreden geltend zu machen: so gibt es dafür keinen genügenden Grund, da in beiden Stellen unzweideutig nur von Gegenforderung aus einem zweiseitigen Geschäfte die Rede ist, und eine Ausdehnung auf andere Fälle aus dem oben bei Nro. 1. angedeuteten Grunde mehr als bedenklich erscheint. —

Die Resultate der bisherigen Erörterung sind folgende:

a) Wenn ein Mündel ohne Hinzutritt des Tutor Verbindlichkeiten übernommen hat, so kann in drei Fällen selbst eine Klage gegen denselben angestellt werden, nämlich bei Verbindlichkeiten aus Delikten, ferner si actio ex re venit, und endlich, wenn und soweit der Pupill aus dem Rechtsgeschäft bereichert ist.

b) Abgesehen hiervon entsteht aus einseitigen Verträgen zwar eine wahre Naturalobligation mit allen gewöhnlichen Wirkungen derselben, jedoch mit der wesentlichen Modifikation, daß der Gläubiger seine Forderung auch nicht durch Einrede, und selbst nicht einmal durch soluti retentio geltend machen kann.

c) Im Falle eines zweiseitigen Vertrags kann aber der Mitkontrahent allerdings seine Gegenforderung gegen den Pupillen durch Retentions- und bzw. Kompensations-Einrede geltend machen, und zwar die ganze Gegenforderung, ohne Beschränkung auf den Belauf der Bereicherung.

Vgl. auch Büchel, zivilr. Erörtr. II. S. 68 fgg., Fritz, Erl. zu Wening III. S. 270 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 17. Note 24 fgg., Savigny, Obligg. I. S. 61 fgg., *Schultze,* de naturali obligatione pupill. Gryph. 1853 (welche aber sämmtlich darin zu weit gehen, daß sie dem Gläubiger allgemein,

nicht blos im Falle eines zweiseitigen Geschäfts, ein Einrede-Recht einräumen), Keller in Bekker's Jahrb. IV. S. 372 fgg., Schwanert, Natural.-Obligat. S. 363 fgg., *Machelard,* des obligat. naturelles p. 195 sqq.

b) Einseitige Geschäftsführung. §. 280.

Dig. XXVI. 9. Cod. V. 39. quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt. — Rudorff II. S. 319 fgg.

C. Von dem Verhältniß mehrerer Vormünder.

1) Von den verschiedenen Arten der Vormünder nach Verschiedenheit ihrer Thätigkeit. §. 281.

Vgl. v. Löhr im zivil. Archiv XI. S. 3 fgg., Glück XXIX. S. 173 fgg.; Rudorff II. S. 238 fgg.

1) *Ulp.* l. 14. §. 1. de solut. (46, 3): Sunt quidam tutores, qui *honorarii* appellantur; sunt, qui *rei notitiae gratia* dantur; sunt, qui ad hoc dantur, *ut gerant;* et hoc vel pater adjicit, ut unus, puta, gerat, vel voluntate tutorum uni committitur gestus, vel praetor ita decernit. Dico igitur, cuicumque ex tutoribus fuerat solutum, etsi honorariis — nam et ad hos periculum pertinet — recte solvi, nisi interdicta iis a praetore fuerit administratio; nam si interdicta est, non recte solvitur.

2) *Ulp.* l. 3. §. 1. de adm. et peric. (26, 7): Si parens vel pater, qui in potestate habet, destinaverit testamento, quis tutorum tutelam gerat, illum debere gerere praetor putavit; — — §. 2. Caeteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi, quos vulgo *honorarios* appellamus. Nec quisquam putet, ad hos periculum nullum redundare; constat enim, hos quoque, excussis prius facultatibus ejus, qui gesserit, conveniri oportere; *dati sunt enim quasi observatores actus ejus et custodes;* imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt.

3) *Idem* l. 14. §. 6. de solut.: Ei qui notitiae gratia datus est, an recte solvatur, videndum est, *quia ad instruendos contutores datur.* Sed cum tutor sit, nisi prohibitum fuerit ei solvi, puto liberationem contingere.

Anm. Ob auch der tutor honorarius zur interpositio auctoritatis berechtigt sei, ist gar sehr bestritten. Viele ältere und neuere Juristen, s. die bei Glück XXIX. S. 184. Note 37. Zitt., Mühlenbruch, Lehrbuch §. 598. bei Note 4, leugnen dies mit Berufung auf l. 4. de auct. et cons.:

> „Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat, tamen si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a praetore haberi non debet, et ideo puto verius esse, quod Ofilio placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, emam a pupillo, sciens alium ejus tutelam gerere, dominum me non posse fieri“.

Da es aber umgekehrt in l. 49. de acqu. vel omitt. hered. (29, 2) heißt:

> „Pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait“,

und die Erklärung dieser Stelle, welche z. B. Mühlenbruch a. a. O. giebt: es sei hier von einem Vormunde die Rede, der, obgleich er geriren könnte, doch sich faktisch nicht in die Verwaltung gemischt habe, gewiß nicht gebilligt werden kann, weil es wohl kaum einem römischen Juristen einfallen konnte, einen so durchaus irrelevanten Umstand besonders hervorzuheben, und sogar eine Auktorität dafür anzuführen („ait [Julianus]“), und weil überdies tutor, qui tutelam non gerit technisch derjenige Tutor ist, welcher sich mit der Administration gar nicht zu befassen hat, wie schon durch die l. 4. cit. bewiesen werden kann, so folgen gewiß mit Recht die meisten älteren und neueren Juristen der entgegengesetzten Ansicht, und räumen auch dem tutor honorarius das Recht zu auktoriren ein, vgl. z. B. Glück XXIX. S. 183 fgg. und die dort Note 39. Zitt., XXXIII. S. 102 fgg., v. Löhr in seinem Magazin III. S. 29 fgg. und im ziv. Archiv XI. S. 6, Zöpfl, Vergleichung der römischen Tutel und Kura S. 46 fgg., Rudorff II. S. 302 fgg. Wie aber mit dieser Ansicht die l. 4. cit. zu vereinigen sei, darüber sind die genannten Schriftsteller keineswegs einverstanden. Am unhaltbarsten ist gewiß die Idee von Zöpfl a. a. O., der das *auctorari* in l. 4. gar nicht von der auctoritatis interpositio verstehen, sondern es in der Bedeutung von verkaufen auffassen will; s. dagegen die gründliche Ausführung von Glück XXXIII. S. 106 fgg. — v. Löhr und Glück wollen daher, nach dem Vorgange der Glosse, die l. 4. cit. nicht von einem tutor honorarius, sondern von einem solchen Vormunde verstehen, dem die Administration geradezu verboten ist. Da es aber gewiß eine sehr kühne rednerische Figur sein würde, concessa non est für interdicta est zu gebrauchen, und zwar gerade bei einem Satz, wo das Hervorheben eines Verbots wesentlich wäre, und da überdies unmittelbar nachher der allgemeine Ausdruck, tutor qui tutelam non gerit, als synonym gebraucht wird mit dem anderen: tutor, cui administratio tutelae concessa non est, so möchte auch dieser Vereinigungs-Versuch kaum gebilligt werden können. Am meisten möchte es hiernach für sich haben, wenn man mit *Cujacius* ad l. 49. cit. (ad African. tr. IV.), dem jetzt auch Rudorff a. a. O. folgt, zwischen verschiedenen Arten der Geschäfte, bei denen die auctoritas interponirt wird, unterscheidet. Bei solchen Geschäften nämlich, welche sich als Akte der

Administration herausstellen, wie namentlich bei Verkäufen, ist allerdings der tutor honorarius nicht zu auktoriren befugt, eben weil er sich mit der Administration des Mündelvermögens nicht zu befassen hat, l. 4. cit.; im Uebrigen aber muß er, eben weil er doch Tutor ist, auch auktoriren können, wie namentlich bei einem Erbschaftsantritt, welchen man doch gewiß nicht als Ausfluß der Administration betrachten darf, l. 49. cit. Daß die auctoritas des tutor honorarius auch immer dann vollkommen wirksam ist, wenn der tutor gerens seine Einwilligung zu dem Geschäfte gegeben hat, scheint mir unzweifelhaft, indem ja unter dieser Voraussetzung von einem Eingriff in die Administration keine Rede sein kann; aber ich bezweifele sehr, daß man mit Puchta, Vorles. zu §. 352. durch diese an sich gewiß richtige Bemerkung den Widerstreit der beiden hier besprochenen Stellen auflösen darf, denn es scheint mir doch in der That sehr gewagt, bei l. 49. cit. die vorausgegangene Einwilligung des tutor gerens zu subintelligiren.

2) Von der Festsetzung eines administrirenden Vormundes. §. 282.

§. 1. J. de satisdatione tutor. et curator. (1, 24): Sed si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satis de indemnitate pupilli vel adolescentis et contutori vel concuratori praeferri, ut solus administret, vel ut contutor satis offerens praeponatur ei et ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satis a contutore vel concuratore suo, sed offerre debet, ut electionem det contutori vel concuratori suo, utrum velit satis accipere, an satisdare. Quod si nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore, quis gerat, ille gerere debet, ut edicto praetoris cavetur. Si autem tutores dissenserint circa eligendum eum vel eos, qui gerere debent, praetor partes suas interponere debet. Idem et in pluribus ex inquisitione datis probandum est, id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fieret.

3) Von der Theilung der Verwaltung. §. 283.

Cod. V. 52. de dividenda tutela (et pro qua parte quisque tutorum conveniatur).

D. Von den Klagen aus der Vormundschaft.

1) Actio tutelae directa und contraria. §. 284.

Dig. XXVII. 3. de tutelae (et rationibus distrahendis et utili curationis causa) actione; XXVII. 4. de contraria tutelae et utili actione; XXVII. 7. de (fidejussoribus et nominatoribus et) heredibus tutorum et curatorum. — Cod. V. 51. arbitrium tutelae; V. 54. de heredibus tutorum et curatorum; V. 58. de contrario judicio tutelae.

1) *Sever.* et *Antonin.* l. 1. C. de hered. tutor. et curator.: Heredes tutorum ob negligentiam, quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia praestitum sit. Vergl. Hasse, Kulpa S. 365 fgg., Francke, Beiträge I. S. 12 fgg., Glück XXX. S. 269 fgg., Rudorff III. S. 42 fgg.

2) *Ulp.* l. 9. §. 4. de tutelae: Et generaliter, quod traditum est, *pupillum cum tutore suo agere tutelae non posse,* hactenus verum est, si eadem tutela sit; absurdum enim erat, a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseveraret; in qua autem desinit tutor et iterum coepit esse, sic ex pristina administratione tutelae debitor est pupillo, quomodo si pecuniam creditam a patre ejus accepisset.

3) *Ulp.* et *Paul.* l. 9. §. ult. et l. 10. de tutelae: Ceterae actiones praeter tutelae adversus tutorem competunt, etsi adhuc tutelam administrat, veluti furti, damni injuriae, condictio. (l. 10.) Sed non dantur pupillo, dum tutor tutelam gerit; quamvis enim morte tutoris intereant, tamen pupillus cum herede ejus actionem [scil. tutelae] habet, quia sibi solvere debuit.

2) Actio rationibus distrahendis. §. 285.

Dig. XXVII. 3. de — — rationibus distrahendis — — actione.

3) Klagen gegen Bürgen, affirmatores, nominatores, postulatores. §. 286.

Dig. XXVII. 7. de fidejussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum vel curatorum. — Cod. V. 46. si mater indemnitatem promisit; V. 57. de fidejussoribus tutorum vel curatorum.

4) Actio subsidiaria adversus magistratus. §. 287.

Dig. XXVII. 8, Cod. V. 75. de magistratibus conveniendis. — Schlayer in Gießer Zeitschrift. N. F. XIII. S. 121 fgg.

E. Von der Beendigung der Vormundschaft.

Inst. I. 22. quibus modis tutela finitur; Cod. V. 60. quando tutores vel curatores esse desinant. — v. Buchholtz, jur. Abh. S. 266 fgg., Rudorff III. S. 204 fgg.

1) Im Allgemeinen. §. 288.

Anm. Viele Schwierigkeit hat eine Stelle des Paulus, nämlich die l. 7. pr. de capite minutis (4, 5) gemacht:

„Tutelas etiam non amittit capitis minutio, *exceptis his, quae in jure alieno personis positis deferuntur.* Igitur testamento dati vel ex lege, vel ex SCto erunt nihilominus tutores. Sed legitimae tutelae ex XII tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati".

Die strenge Worterklärung der unterstrichenen Worte würde dahin führen, daß die einem Filiusfamilias deferirte Tutel durch capitis dem. minima erlöschen würde. Da aber in l. 11. de tut. et rat. distr. (27, 3) ausdrücklich steht, daß die Emanzipation eines tutor filiusfam. die Tutel nicht aufhebe, so müßte jener Satz doch wieder auf die datio in adoptionem eines solchen Tutor beschränkt werden, und demgemäß stellt auch wirklich Mühlenbruch, Lehrbuch §. 587. den Satz auf: „eine den Vormund betreffende minima c. d. hebt das Rechtsverhältniß auf, — — wenn der Vormund filiusfamilias ist, und in Adoption gegeben wird". Da dies aber gewiß ein sehr dürftiges Resultat ist, wofür sich kaum ein innerer Grund angeben läßt, und welches überdies an dem allgemeinen Ausdruck der l. 7. scheitert, indem hier nicht blos von der datio in adoptionem, sondern überhaupt von der cap. dem. die Rede ist, so verwerfen die bei weitem Meisten, gewiß mit Recht, diese Erklärung. Offenbar wollte Paulus, wie aus dem ganzen Zusammenhange hervorgeht, mit den

hervorgehobenen Worten die legitimi tutores ex XII tabulis bezeichnen, s. auch Basil. XLIV. 2. 6: „πλὴν τῶν ἀπὸ τοῦ δυωδεκαδέλτου“. Um aber dies herauszubringen, hat man meistens zu Textveränderungen seine Zuflucht genommen. Viele wollten nämlich mit *Jac. Gothofred.* not. ad XII. tabul. (in Otton. thes. III. p. 170) statt in jure *alieno* lesen in jure *antiquo*, und Andere, denen neuerlich auch namentlich Huschke im Rhein. Mus. VII. S. 168 fgg., Savigny, Syst. II. S. 77 fgg. Not. p. und Scheurl, Beiträge I. S. 248. beigetreten sind, schalten mit Haloander vor deferuntur ein *non* ein, welche letztere Konjektur sich darauf gründet, weil die legitima tutela einem Filiusfamilias nicht deferirt werden könne. In der That scheint aber jede Veränderung unnöthig zu sein, indem die Erklärung, welche der Scholiast zu den Basiliken (bei *Fabr.* VI. p. 159. schol. n., bei *Heimb.* IV. p. 555. schol. 4.) giebt, vollkommen genügend ist. Dieser erläutert nämlich die streitigen Worte: τουτέστι τοῖς διαμείνασιν ὑπεξουσίοις μέχρι τῆς τοῦ πατρὸς τελευτῆς („hoc est, qui remanserunt in potestate usque ad mortem patris“), so daß also der Sinn derselben der ist: diejenige Tutel werde durch cap. dem. min. des Tutor beendigt, welche den Agnaten deferirt werde; s. auch Glück XXXI. S. 141 fgg. Not., Rudorff III. S. 238. — Ueber die verschiedenen Meinungen überhaupt vgl. *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. (tom. I. p. 559 sqq.), Glück II. S. 199 fgg. Not. 94, XXXI. S. 139 fgg. Not. 26.

2) Insbesondere von der remotio tutoris suspecti.

§. 289.

Inst. I. 26. de suspectis tutoribus vel curatoribus. — Dig. XXVI. 10. de suspectis tutoribus vel curatoribus. — Cod. V. 43. de suspectis tutoribus vel curatoribus. – Glück XXXI. S. 41 fgg., Rudorff III. S. 176 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. §. 6. 7. h. t.: Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare, et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est, omnibus patere. (§. 7.) Quin imo et mulieres admittuntur, sed hae solae, quae pietate necessitudinis ductae ad hoc procedunt, utputa mater, nutrix quoque et avia possunt.

2) *Idem* l. 3. §. 4. eod.: Praeterea videndum, an et sine accusatione possit suspectus repelli; et magis est, ut repelli debeat, si praetori liqueat ex apertissimis rerum argumentis, suspectum eum esse; quod favore pupillorum accipiendum est.

3) *Idem* l. 7. §. 1. h. t.: Si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet.

4) *Idem* l. 3. §. 5. eod.: Quodsi quid admisit, ante tamen admisit, quam tutor esset, quamvis in bonis pupilli vel in tutela [scil. priori, cf. l. 3. §. 7. h. t.], non potest suspectus tutor postulari, quia delictum tutelam praecessit. Proinde si pupilli substantiam expilavit, sed antequam tutor esset, accusari debet expilatae hereditatis, si minus, furti. [Statt antequam *tutor* esset am Ende der Stelle, was ganz unpassend ist, muß nothwendig antequam *heres* esset gelesen werden, um den Gegensatz zwischen der accusatio expil. heredit. und der actio furti auszudrücken. Die falsche Leseart ist aus der irrigen Wiederholung des früheren ante —, quam tutor esset entstanden. *Faber*, jurispr. Papinian. scient. tit. XXV. p. 1162, Glück XXXI. S. 55. Not. 5, Rudorff III. S. 194. Not. 12]. — Eine Ausnahme des obigen Satzes enthält l. 3. §. 8. eod.: Si autem ipse tutor est solus, numquid, quia tutelae [actio] cessat, removendus sit ab hac administratione, quasi in hac suspectus ex eo, quod in alia male versatus sit? Ergo et in eo, qui curator solus post finitam tutelam confirmatus est, idem dici potest. S. Glück a. a. O. S. 58. Not., Rudorff S. 196. Not. —

Anm. Neuere Juristen machen nicht selten einen Unterschied zwischen accusatio suspecti und quasi suspecti tutoris, und zwar soll die letztere in zwei Fällen eintreten, nämlich wenn ein Tutor wegen gar nicht geführter, und wenn er wegen kulpos geführter Verwaltung abgesetzt werde. Für das Letztere beruft man sich auf Text 3, und für das Erste auf §. 5. J. h. t.: Sed et antequam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum *quasi suspectum* removeri, idem Julianus scripsit, et secundum eum constitutum est, womit man wohl auch in Verbindung bringt l. 4. §. 4. h. t.: „Qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari, verum ob ignaviam vel negligentiam vel dolum possunt removeri". In der That aber fällt es ins Auge, daß in den beiden ersten Stellen das quasi suspectus kein technischer Ausdruck sein soll, sondern quasi nur soviel wie tamquam oder ut heißt; und was die l. 4. §. 4. cit. anbelangt, so ist ihr einfacher Sinn folgender: wegen blosen Nichtthuns kann keine postulatio suspecti Statt finden, sondern nur, wenn das Nichtadministriren aus dolus oder culpa lata geschieht. — Von einem Unterschied zwischen suspectus und quasi suspectus ist also in den Gesetzen keine Rede, vgl. auch l. 3. §. 17. h. t., l. 5. C. h. t. u. a. m.

F. Vom Protutor und falsus tutor. §. 290.

Dig. XXVII. 5. Cod. V. 45. de eo, qui pro tutore prove curatore negotia gessit. — Dig. XXVII. 6, quod falso tutore

auctore gestum esse dicatur. — Neustetel im ziv. Archiv I. No. 18; Glück XXXII. S. 293 fgg., Rudorff II. S. 292 fgg., III. S. 11 fgg. S. 18. 48 fgg. S. 59. 76.

1) *Ulp.* l. 1. pr. de eo, qui pro tut.: Protutelae actionem necessario praetor proposuit, nam quia plerumque incertum est, utrum quis tutor, an vero quasi tutor pro tutore administraverit tutelam, idcirco in utrumque casum actionem scripsit, ut sive tutor est, sive non sit, qui gessit, actione tamen teneretur. — — §. 3. Cum eo, qui pro tutore negotia gessit, etiam ante pubertatem agi posse, nulla dubitatio est, quia tutor non est.

2) *Idem* l. 5. eod.: Ei, qui pro tutore negotia gessit, contrarium judicium competit.

3) *Pompon.* l. 4. eod.: Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret. — Nicht entgegen steht *Paul.* l. 53. §. 3. de furt. (47, 2) (s. oben §. 274. Text 2); denn offenbar ist hier blos von demjenigen Protutor die Rede, welcher sich zu der Administration zugedrängt hat, Zimmern im ziv. Archiv I. Nr. 19, Glück XXXII. S. 315 fgg., Rudorff III. S. 76.

4) *Ulp.* l. 1. §. 1. 6. quod falso tutore: Verba autem Edicti haec sunt: *quod eo auctore, qui tutor non fuerit — — si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem.* Vgl. oben §. 186. Anm.

5) *Idem* l. 7. pr. eod.: Novissime Praetor ait: *In eum, qui cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, judicium dabo, ut quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur.* — Vgl. *Gai.* l. 10. eod.: Si falso tutore auctore actum sit, et interea dies actionis exierit, aut res usucapta sit, omnia incommoda perinde sustinere debet, ac si illo tempore vero tutore auctore egisset. Ueber die verschiedenen Erklärungen s. Glück XXXII. S. 307 fgg., Rudorff II. S. 296 fgg. — S. auch *Ulp.* l. 7. §. 3. h. t.: Pomponius libr. XXX. recte scribit, etiam sumtuum in hoc judicio rationem haberi, quos facturus est actor restitutorio agendo. Vgl. Rudorff S. 298.

III. Von der Kura.

Inst. I. 23. de curationibus.

A. Von der cura über Minderjährige.

1) Nach römischem Rechte. §. 291.

Vgl. Glück XXIX. S. 473 fgg., XXX. S. 1 fgg., Rudorff I. S. 91 fgg., v. Savigny, über den Schutz der Minderjährigen im röm. Rechte, und insbesondere von der lex Plaetoria. Berlin 1835. (auch mit einigen Zusätzen abgedruckt in der gesch. Zeitschr. X. S. 232 fgg., und abermals in den vermischten Schriften. Bd. II. S. 321 fgg.).

Anm. 1. Für die Geschichte dieser Kuratel ist die Hauptquelle die Erzählung des Kapitolinus in Marco c. 10: „De curatoribus, quum ante nonnisi ex lege Plaetoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit [scil. Marcus], ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis“. Was aber hiernach durch die lex Plaetoria eingeführt sei, ist unter den Auslegern ausnehmend bestritten. Abgesehen von der gewiß unhaltbaren Ansicht, daß in der lex Plaetoria nur Bestimmungen über die Dativ-Kuratel der Wahnsinnigen und Verschwender enthalten, und eine Kuratel der Minderjährigen erst durch die Konstitution von Marcus eingeführt sei, s. dagegen Rudorff I. S. 95 fgg., streitet man noch h. z. T. vorzüglich darüber, ob in den Worten ex lege Plaetoria — dementiam, drei verschiedene Kuratelen, über Minderjährige, Verschwender und Wahnsinnige ausgedrückt sein sollten, oder ob hier nur von der cura minorum ex lege Plaetoria die Rede sei, und in den Worten vel propter lasciviam vel propter dementiam blos die Gründe dieser Kuratel angedeutet seien. So sehr man auch anerkennen muß, daß die letztere Ansicht, welche unter den Neueren z. B. noch Glück XXX. S. 1 fgg. und Marezoll in Gießer Zeitschr. II. S. 430 fgg. Not. vertheidigt haben, die meisten äußeren Gründe für sich hat, so möchten doch ganz überwiegende innere Gründe für die erstere Auslegung, wornach in der Stelle des Kapitolin drei verschiedene Kuratelen angeführt sind, entscheiden, und wirklich ist dieselbe auch besonders nach dem Vorgange von *Heineccius* hist. jur. I. §. 99. und syntagm. antiqu. l. 23. §. 8. von den meisten Neueren angenommen worden, vgl. z. B. Schweppe, Rg. §. 432, Zimmern, Rg. I. §. 237., Rudorff I. S. 95 fgg. und bes. v. Savigny a. a. O. S. 19 fgg. (verm. Schriften S. 355 fgg.). Hiernach würde sich dann folgendes Resultat herausstellen. Die lex Plaetoria ordnete gegen denjenigen, welcher in einem Rechtsgeschäfte mit einem Minderjährigen denselben dolos beeinträchtigte, ein judicium publicum (Geldstrafe und Infamie) an, Cic. de nat. Deor. III. 30., de offic. III. 15, Tab. Heracl. l. 111 sqq. Da nun dadurch leicht der Minderjährige ganz kreditlos hätte werden können, indem sich Niemand den Gefahren eines solchen judicium aussetzen mochte, so wurde ferner verordnet, daß der Minor auf Antrag seines Kontrahenten sich einen Kurator erbitten dürfe, und durch die Zuziehung eines solchen die Folgen der lex Plaetoria abgewendet würden, v. Savigny S. 13. (verm. Schriften S. 343 fgg.) Marcus aber verfügte,

daß auch ohne solche besondere Veranlassung der Minor sich stets einen Kurator erbitten dürfe.

Hierbei ist es nun im Wesentlichen auch noch im Justinianischen Rechte geblieben, und ein Zwang zur Annahme eines generellen Kurator findet nicht Statt, §. 2. J. de curator. (1, 23): „Inviti adolescentes curatores non accipiunt", vgl. l. 43. §. 3. de procurator (3, 3), l. 13. §. 2. de tutor. et curator. dat. (26, 5), l. 2. §. 4. 5. qui petant (26, 6), l. 36. §. 1. de excus. (27, 1), l. 6. C. qui petant (5, 31), sondern der Minderjährige erhält einen allgemeinen Kurator nur auf seine Bitte, und dann auch eben nur den, den er sich erbittet, obgleich der Prätor die vorgeschlagene Person aus trifftigen Gründen verwerfen kann. Doch wird in einigen Fällen der Minderjährige zur Annahme eines Kurator gezwungen, und zwar namentlich bei Prozeßführung §. 2. J. de curator., 1. C. qui petant (5, 31), bei Annahme von Zahlungen, l. 7. §. 2. de minorib. (4, 4), und vorzüglich, wenn der Minor den Erinnerungen des abgehenden Tutor, sich einen Kurator zu erbitten, l. 5. §. 5., l. 33. §. 1. de adm. et peric. (26, 7), nicht nachkommt, l. 7. C. qui petant. In diesem letzteren Falle ist zwar der auf Antrag des Tutor ernannte Kurator auch nur ein spezieller für die Uebernahme und fortwährende Verwaltung des bisher von dem Vormund verwalteten Vermögens, nicht auch des später hinzukommenden; aber gewiß erbat sich der Minor regelmäßig in solchem Falle einen Kurator, der dann genereller war, um den großen Vortheil nicht einzubüßen, die Person des künftigen Kurator selbst bestimmen zu können. Vgl. Rudorff I. S. 106 fgg., bes. S. 408 fgg., v. Savigny a. a. O. S. 26 fgg. (verm. Schriften S. 366 fgg.) Aus dieser Darstellung geht nun von selbst hervor, daß auch schon bei den Römern regelmäßig jeder Minor einen generellen Kurator hatte, s. auch pr. J. de curator., l. 1. §. 3. de minorib. — Gai. Epit. I. 8., Ulp. XII. 4., und das Gegentheil mochte wohl hauptsächlich nur in dem Falle vorkommen, wenn Jemand als pubes, sui juris geworden war.

Anm. 2. Ueber die Frage, inwiefern ein Minor, welcher einen bleibenden Kurator hat, sich ohne denselben durch Verträge verpflichten könne, sind die Ansichten unserer Juristen sehr verschieden. Während hier Manche dieselben Grundsätze, wie bei Pupillen annehmen (s. oben §. 279. Anm.), behaupten Andere umgekehrt, der Minderjährige könne sich ganz frei verpflichten, und die herrschende Meinung geht dahin, daß der Minor ohne Konsens des Kurators zwar wohl seine Person, aber nicht sein Vermögen obligiren könne, Glück IV. S. 75 fgg. Diese letztere Meinung ist ganz gewiß unhaltbar, denn eine solche Unterscheidung ist dem römischen Rechte ganz unbekannt, und wollte man etwa unter den die Person obligirenden Verträgen die obligationes in faciendo verstehen, so übersieht man, daß dieselben regelmäßig durch den Willen des Schuldners sich in eine obligatio auf Leistung des Interesse, also in eine das Vermögen betreffende Verbindlichkeit umwandeln können. Wollte man aber etwa darunter Ehe und Sponsalien verstehen, so ist dies an sich freilich richtig, denn Beides kann Minor ohne Kurator giltig abschließen, aber es gehört nicht eigentlich h weil Beides keine obligirenden Kontrakte sind. — Dem Prinzip nach mu gewiß der zweiten der vorher angegebenen Meinungen beistimmen, daß

regelmäßig der Minor auch ohne Konsens des Kurators sich wirksam verpflichten könne, obwohl freilich der Kurator nichts aus dem Vermögen des Minor zu bezahlen braucht, und auch der Minor selbst sich in integrum restituiren lassen kann. Ganz deutlich ist dieser Grundsatz ausgesprochen in l. 101. de V. O. (45, 1):

„Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari".

Freilich will man hier bald durch Veränderung des Textes — so schieben z. B. Manche ein *non* ein, vgl. *Donell.* comm. XII. c. 22. §. 50., und Andere wollen statt obligari lesen obligare, z. B. *van Leuwen* ad h. l., *Noodt,* de pact. et transact. c. 20, — bald durch Interpretation helfen, indem man nämlich die Stelle von solchen Minderjährigen verstehen will, welche gar keine Kuratoren haben, glossa ad h. l., oder indem man den Satz darin findet, daß auch ohne die Gegenwart des Kurator giltig vom Minor kontrahirt werden könne, wenn nur nachherige Beistimmung hinzukomme, *Vinnius,* de pact. cap. 14. ad Inst. III. 20. §. 9., Puchta, Kurs. der Institut. II. §. 202. Not. aa., oder indem man das ganze Gesetz nur auf Verträge bezieht, welche die Person betreffen, Glück IV. S. 80. ibique citt. Wie willkürlich aber sowohl jene Emendations- als diese Interpretations-Versuche sind, fällt von selbst in's Auge. Das angegebene Prinzip ist aber noch außerdem klar genug ausgesprochen in l. 43. de O. et A. (44, 7):

„Obligari potest paterfamilias suae potestatis, *pubes,* compos mentis; pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili, servus autem ex contractibus non obligatur";

und in l. 141. §. 2. de V. O.:

„Pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias esset, obligari solet";

und Belege dazu finden sich auch in l. 7. pr. §. 1. 2. de minor. (4, 4), l. 3. §. 2. ad SC. Maced. (14, 6), l. 20. §. 1. de liberat. (34, 3), l. 1. §. 13. 14. ad SC. Trebell. (36, 1), l. 2. §. 1. de pollicit. (50, 12), l. 12. C. de jure delib. (6, 30), bei welchen Stellen man nur von der übrigens auch ganz unbedenklichen Supposition ausgehen muß, daß der minor sui juris im Zweifel einen Kurator habe. — Wenn man sich aber für die herrschende Lehre vorzüglich auf l. 3. C. de in integr. rest. (2, 22):

„Si curatorem habens minor XXV. annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis"

berufen hat, indem hier die vom Minor ohne seinen Kurator vorgenommenen Verkäufe für unwirksam erklärt würden, und der Minor überhaupt dem gerichtlich erklärten Verschwender gleichgestellt werde; so übersieht man, daß in der Stelle auch wirklich nur von dem *vendere* die Rede, und in dieser speziellen Beziehung die Parallele mit dem Prodigus ausgesprochen ist. Allerdings also enthält dieses Reskript eine wichtige Modifikation unseres Prinzips, daß nämlich bei eigentlichen

Veräußerungen, z. B. Verkäufen und Verpfändungen, der Minor des Konsenses seines Kurator bedarf; aber die Giltigkeit der Regel selbst wird dadurch nicht im Mindesten angegriffen. Daß man bei eigentlichen Veräußerungen mehr verlangte, als bei anderen obligirenden Verträgen, liegt schon in der Natur der Sache, und namentlich ist auch eine solche Hervorhebung der alienatio bei dem vormundschaftlichen Institut ganz dem Entwickelungsgang desselben bei den Römern angemessen, denn während die Vormünder selbst sehr frei das Vermögen der Pfleglinge administriren, dürfen sie doch seit Septimius Severus gewisse Grundstücke, und seit Konstantin fast nichts mehr ohne besonderes Dekret der Obrigkeit veräußern (s. oben §. 277).

Vgl. überhaupt die gründliche Ausführung von Marezoll in Gießer Zeitschr. II. S. 374 fgg., und dazu Rudorff II. S. 284 fgg. und v. Savigny a. a. O. S. 32 fgg. (verm. Schriften S. 384 fgg.), Göschen, Vorles. §. 429. (Bd. II. S. 171 fgg.), Wening, Lehrb. §. 225. (seit der 4. Aufl., während derselbe in den früheren Auflagen der entgegengesetzten Meinung folgte), Fritz, Erl. zu Wening Heft III. S. 275, Unterholzner, Schuldverh. I. S. 163, Steun im Oldenburg. Arch. Bd. I. S. 102 fgg., Hufnagel, Mittheil. aus der Württemberg. Praxis Bd. I. S. 57 fgg., *le Fort* l. c. p. 41. u. A. m. Doch folgen auch noch h. z. T. nicht Wenige der früher herrschenden Lehre, vgl. z. B. Mühlenbruch, Lehrb. §. 191. Not. 5, Puchta, Lehrb. §. 51. Not. d., Vorles. ad h. l. Bd. I. S. 104 fgg., Kurs. der Institt. II. §. 202. Not. aa., Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 145. Not. t., Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. VII. No. 6, *Machelard,* des oblig. naturelles p. 261 fgg., vgl. auch Strippelmann, neue Sammlung bemerkensw. Entsch. des O. A. G. zu Kassel. Th. I. S. 310 fgg. Th. V. Abth. 1. S. 131 fgg.; und selbst manche Vertheidiger der richtigen Lehre nehmen an, daß doch wenigstens nach heutigem Rechte die Rechtsgeschäfte der Minderjährigen ganz wie die der Unmündigen beurtheilt werden müßten, weil es jetzt blos eine Alters-Vormundschaft bis zur major aetas gebe, und die tutela impuberum und die cura minorum identisch geworden seien, vgl. v. Savigny a. a. O. S. 37 fgg. (verm. Schriften S. 392 fgg.), Kraut, Vormundsch. Bd. II. S. 97 fgg. Aber selbst, wenn man die Prämisse zugeben wollte, daß jetzt gar kein Unterschied mehr zwischen der tutela impuberum und der cura minorum begründet sei, was ich gemeinrechtlich ganz und gar nicht einräumen kann, so würde dennoch die daraus gezogene Konsequenz nicht gerechtfertigt sein, indem die beschränktere Handlungs-Fähigkeit der Unmündigen auf Gründen beruht, die mit der Vormundschaft nur in entferntem Zusammenhange stehen.

2) Nach deutschem Rechte. §. 292.

Reichspolizei-Ordn. von 1549. Tit. 31. §. 1. und 1577. Tit. 32. §. 1: Wiewol in gemeinen beschriebenen Rechten ernstlich disponirt und versehen ist, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern von ihren Vormündern mit allem Fleiß und Ernst fürge-

standen, und derselben Nutz und Wolfarth gesucht und gefürdert werden solle; so befind sich doch vielmals, daß in solchen Sachen von den Vormündern betrüglich, versäumlich, und nicht mit dem Fleiß, wie sie zu thun schuldig, gehandelt wird, den Pupillen und minderjährigen Kindern zu merklichem Nachtheil und Schaden. Wann nun aber den Obrigkeiten zusteht, in dem gebührlichs und billigs Einsehens zu haben, damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unvernachtheilt bleiben; so wollen wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Großen, Herrn von Adel und Kommunen, hiermit ernstlich auferlegt und befohlen haben, in ihren Fürstenthumen, Herrschaften, Obrigkeiten und Gebieten dermassen Vorsehung zu thun, und zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nit verordnet, oder ihre angeborenen Freund und Verwandten sich der Vormundschaft aus rechtmäßigen Ursachen nit unterziehen wollen, oder darzu tüglich und geschickt wären, gegeben werden". — Ueber die verschiedenen Auslegungen vgl. Glück XXX. S. 52 fgg. und die da Angeff.. Rudorff I. S. 114 fgg., II. S. 291 fgg., v. Savigny a. a. O. S. 37 fgg. (verm. Schriften S. 392 fgg.), Kraut, Vormundschaft Bd. II. S. 96 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. III. §. 145 Not. 1.

B. Von der Kura über Wahnsinnige, Verschwender und andere schutzbedürftige Personen. §. 293.

Dig. XXVII. 10. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis; Cod. V. 70. de curatore furiosi vel prodigi.

1) *Ulp.* l. 1. pr. h. t.: Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit, curatorem ei dare exemplo furiosi; et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit; quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum.

2) *Idem* l. 3. §. 1. de tutelis (26, 1): — — et ita definiemus, ei, quem aetas curae vel tutelae subjicit, non esse necesse, quasi dementi quaeri curatorem, et ita imperator Antoninus Augustus rescripsit, quum magis aetati, quam dementiae tantisper sit consulendum.

3) *Tryphonin.* l. 16. h. t.: Si furioso puberi, quamquam majori annis XXV, curatorem pater testamento dederit, eum praetor dare debet secutus patris voluntatem: manet enim ea datio curatoris apud praetorem, ut rescripto Divi Marci continetur. §. 1. His consequens est, ut, et si prodigo curatorem dederit pater, voluntatem ejus sequi debeat praetor, eumque dare curatorem. Sed utrum omnimodo, an ita, si futurum esset, ut, nisi pater aliquid testamento cavisset, praetor ei bonis interdicturus esset, et maxime si filios habeat iste prodigus? — — §. .. Sed per omnia judicium testatoris sequendum est, ne, quem pater vero consilio prodigum credidit, eum magistratus propter aliquod forte suum vitium idoneum putaverit — 4) *Neratius* l. 2. §. 1. de confirm. tut. vel curat. (26, 3): Sed etsi curator a matre testamento datus sit filiis ejus, decreto confirmatur ex inquisitione.

5) *Ulp.* l. 12. pr. §. 1. de tutor. et curator. dat. (26, 5): His, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, dare curatorem proconsulem oportebit. §. 1. Nec dubitabit filium quoque patri curatorem dare; quamvis enim contra sit apud Celsum et apud alios plerosque relatum, quasi indecorum sit, patrem a filio regi, attamen D. Pius Instio Celeri, item Divi Fratres rescripserunt, filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum. Vgl. l. 2. h. t. — 6) *Idem* l. 1. §. 1. h. t.: Curatio autem ejus, cui bonis interdicitur, filio negabatur permittenda; sed extat D. Pii rescriptum, filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam probus sit. — Vgl. Glück XXXIII. S. 199 fgg.

Anm. 1. Ueber die Kuratel der Wahnsinnigen und Verschwender enthalten schon die XII. Tafeln ausdrückliche Bestimmungen. Was nämlich die erstere anbelangt, so bestimmten die Dezemvirn, daß der furiosus unter der Kuratel seiner Agnaten und Gentilen stehen solle, *Cic.* de R. P. III. 33, *Ulp.* XII. 2, l. 13. h. t., l. 5. C. h. t., und selbst die eignen Worte derselben sind uns bei *Cic.* de invent. II. c. 56. und Auct. ad Herenn. I. 13. vgl. mit Cic. Tusc. quaest. III. 5. erhalten; si furiosus est, agnatorum gentiliumque

in eo pecuniaque ejus potestas esto; vgl. auch Dirksen, XII Tafelges. S. 369 fgg. Es zeichnet sich aber schon nach den 12 Tafeln diese cura furiosi vor den übrigen hauptsächlich dadurch aus, daß sie auch namentlich die Sorge für das persönliche Wohl des Wahnsinnigen umfaßt („in eo"; vgl. l. 7. h. t.), und daß sie dem Kurator das Recht gab, die Güter des Pflegbefohlenen frei zu veräußern, was man, wenigstens für die frühere Zeit keineswegs als ein allgemeines Recht aller Kuratoren ansehen darf, l. 56. §. 4. de furt. (47, 2) vgl. mit l. 6. h. t („*plenissimus* curator") und l. 10. §. 1. h. t., und was daher auch schwerlich auf einem blosen Schlusse aus den, von den Dezemvirn gebrauchten Worten: potestas in pecunia beruhte, wie Dirksen S. 308, Hugo, 11te Rg. S. 232, Zimmern, Rg. I. §. 246. Not. 13, Schweppe S. 625. Not. 2. annehmen, sondern wohl ausdrücklich in den XII Tafeln vorgeschrieben war, *Gai.* II. 64. Da übrigens später die Beschränkungen der oratio Septimii Severi (§. 277) auch auf den curator furiosi ausgedehnt wurden, l. 8. §. 1. de reb. eor. (27, 9), l. 2. C. h. t., so ist im neuern Rechte in dieser Beziehung allerdings kein Unterschied mehr zwischen dem curator furiosi und den übrigen Vormündern.

Was die cura prodigorum anbelangt, so lehrt Ulpian in l. 1. h. t., es sei eine sehr alte römische Sitte, dem Verschwender die freie Verwaltung seines Vermögens zu entziehen, und dies sei denn auch in den XII Tafeln sanktionirt (vgl. l. 18. qui test. fac. poss., l. 5. §. 1. de adqu. v. omitt. hered.: „cui *lege* bonis interdictum est"), und in den Fragmenten XII. §. 2. sagt er, daß die Dezemvirn dem Verschwender, welchem diese Verwaltung entzogen sei, die Agnaten als Kuratoren bestellt hätten, s. auch §. 3. J. de curator., l. 13. h. t. Wenn man auch leicht zugeben kann, daß die XII Tafeln von der Prodigalitäts-Erklärung schweigen, denn dies lag im Grunde schon in der Bestellung eines Kurator, vgl. auch *Cic.* Tusc. quaest. III. 5, *J. Gothofred.* ad XII. tab. in *Otton.* thes. III. p. 171 sqq., Dirksen, XII Taf. Ges. S. 379; so kann doch die Meinung, die Dezemvirn hätten überhaupt nicht der prodigi erwähnt, sondern man habe die cura furiosi analog auf sie ausgedehnt, vgl. z. B. *Jan. a Costa* ad §. 3. J. de curat., *Heinecc.* synt. antiqu. l. 23. §. 2. fin., Schweppe, Rg. §. 239. und 432. nicht gebilligt werden, theils wegen der angegebenen direkt widerstreitenden Zeugnisse, und dann auch, weil sich bei der legitima cura prodigi eine ganz eigenthümliche Beschränkung findet, auf welche man bei bloser analoger Ausdehnung der cura furiosi nicht gekommen sein könnte. Es ging nämlich jene cura nicht auf das ganze Vermögen eines Verschwenders, sondern nur auf die durch Intestaterbgang vom Vater oder Großvater auf ihn gekommenen Güter *Paul.* rec. sent. III. 4. a. §. 7. vgl. mit *Cic.* Cato maj. c. 7, *Valer. Maxim.* III. c. 5. n. 11, und deßhalb konnte bei Libertinen und denen, welche ihren Vater ex testamento beerbt hatten, nicht von der cura *legitima* prodigi, sondern nur von einer dativa die Rede sein, *Ulp.* XII. 3. Die Meinung von Schweppe, Rg. §. 424. 432, es sei eben dies auch bei der tutela und der cura furiosi der Fall, ist gewiß eben so wenig zu billigen, als die Ansicht von Hugo, 11te Rg. S. 181, zu der doch auch Zimmern, Rg. I. §. 236. bei Note 13. sich hinneigt, es er-

kläre sich diese Beschränkung der cura prodigi nur aus dem zufälligen Zusammenhange, in welchem diese Vorschrift in den XII Tafeln vorgekommen sei, denn gegen das Erstere sprechen ausdrückliche Zeugnisse, s. oben §. 266. Text 2, und gegen das Zweite läßt sich anführen, daß eine absichtliche und also ausdrückliche Beschränkung der legitima cura prodigi auf bona paterna und avita auf dem guten Grunde beruhen konnte, daß man solche Güter als einen Familienschatz betrachtete, der nicht dem Leichtsinn des Einzelnen Preis gegeben sein dürfte, während bei anderweitem Vermögen, welches durch Zufall oder eigenes Verdienst auf Jemanden gekommen war, ein ganz anderer Gesichtspunkt obwaltete. Als freilich späterhin der Grundsatz aufkam, es liege im Interesse des Staats, daß Niemand seine Rechte mißbrauche, *Gai.* I. 53, §. 2. J. de his, qui sui vel al. jur. sunt (1. 8), dehnte man sehr natürlich die cura prodigi auf alle Güter desselben aus, aber immer nur als *dativa*, *Ulp.* XII. 3, und da späterhin die legitima cura überhaupt von der dativa verdrängt zu werden anfing, §. 3. J. de curat., l. 1. h. t., so erklärt es sich von selbst, daß im neuesten Rechte jene alte Beschränkung der cura prodigi völlig verwischt ist.

Anm. 2. Ueber die cura *impuberum* vgl. man v. Löhr in sein. Magaz. III. S. 433 fgg. und Rudorff I. S. 80 fgg.

C. Von Vermögens-Kuratelen. §. 294.

Dig. XLII. 7. de curatore bonis dando. XXXVII. 9. de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus.

Anm. Unter den verschiedenen Vermögens-Kuratelen ist noch besonders die über das Vermögen von Abwesenden, namentlich Verschollenen hervorzuheben; vgl. darüber Glück XXXIII. S. 259 fgg. und die dort Angeff. (unter denen besonders Pfeiffer, prakt. Ausführ. II. S. 236 fgg. auszuzeichnen ist), Rudorff I. S. 154 fgg., Pfeiffer, prakt. Ausf. IV. S. 351 fgg., Kraut, Vormundsch. II. S. 217 fgg., Bruns in Bekker's Jahrb. I. S. 90 fgg., bes. S. 95. 123. 145 fgg. 157 fgg. 189 fgg., Steinberger in Weiske's Rechtsler. XII. S. 695 fgg.

Drittes Buch.

Die dinglichen Rechte.



Erstes Kapitel.

Vom Eigenthum.

Inst. II. 1. de rerum divisione §. 11—47; Dig. XLI. 1. de acquirendo rerum dominio. — Westphal, Arten der Sachen S. 261 fgg.; Gesterding, ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen. Greifsw. 1817. S. 1—405; Pütter, die Lehre vom Eigenthum nach deutschen Rechten. Berlin 1831; Schmid, Handbuch des gem. deutschen bürgerl. Rechts. Bes. Theil. Bd. I. S. 1 fgg.; Sell, röm. Lehre der dingl. Rechte oder Sachenrechte; Bd. I. röm. Lehre des Eigenthums. Bonn 1852; *Pellat,* sur la proprieté. Par. 1853; Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit, Abth. I. (Begriff und gesetzl. Beschränkungen). Heidelberg 1857, Abth. II. (Erwerb und Verlust des Eigenth.) 1858, Abth. III. (Rechtsschutz des Eigenthums) 1859. Vgl. auch Leist, über die Natur des Eigenthums (Zivilistische Studien auf dem Gebiete dogmat. Analyse. Heft 3). Jena 1859.

I. Rechtliche Natur des Eigenthums.

A. Begriff. §. 295.

Paul. l. 25. pr. de V. S.: Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis est, ut via et iter; nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse; hoc et Julianus, et est verius.

Prof. Dr. iur. Elemér Balog..

Anm. 1. Früherhin war es sehr gewöhnlich, die Rechte des Eigenthums in Proprietäts- und in Nutzungs-Rechte einzutheilen, und die Veranlassung hierzu lag freilich in den Gesetzen selbst, indem da das Eigenthum nach Abzug des Usufruktus unter dem Namen der **nuda proprietas** im Gegensatz der **plena proprietas** vorkommt, §. 4. J. de usufr. (2, 4), l. 2. pr. quib. mod. usufr. (7, 4), aber zu mißbilligen ist es, wenn man hiermit auch den weitern Gedanken verband, daß die s. g. Proprietäts-Rechte auch den wesentlichen Begriff des Eigenthums ausmachten, während die s. g. Nutzungsrechte unbeschadet dieses Begriffs fehlen könnten; s. dagegen auch v. Löhr in seinem Magazin III. S. 483 fgg. Man muß vielmehr offenbar davon ausgehen, daß keins der materiellen Rechte des Eigenthums — das Recht, auf die Substanz der Sache einzuwirken, nicht ausgenommen —, zum Begriff des **dominium** in der Art wesentlich ist, daß dieselben zu jeder Zeit vorhanden sein müßten, denn jedes derselben kann temporär fehlen, ohne daß man aufhört, Eigenthümer zu sein; sondern das **dominium** besteht nur in der rechtlichen Möglichkeit, alle an einer körperlichen Sache denkbaren Befugnisse auszuüben, im Falle keine besonderen Schranken gesetzt sind. Es ist also an sich unbeschränkt, und besteht in der Totalität aller an einer Sache denkbaren Befugnisse; aber es duldet Beschränkungen, und es ist, wenn dieselben auch noch so weit gehn, immer noch Eigenthum, wenn nur die rechtliche Möglichkeit bleibt, daß jene Unbeschränktheit von selbst wieder eintritt, sofern die gezogenen Schranken hinwegfallen; ein Gedanke, den man allenfalls auch mit Wirth, Beiträge zur Systematik des röm. Zivilr. Erl. 1856. S. 28 fgg. so ausdrücken kann, daß das Wesen des Eigenthums nicht sowohl in der Herrschaft über die Sache, als vielmehr in einem rechtlichen Pertinenz-Verhältniß der Sache bestehe, und die totale Herrschaft über die Sache nur ein *naturale* **dominii** sei, welches auch einmal fehlen kann, ohne daß das Wesen des Eigenthums dadurch verletzt wird; vgl. auch Böcking, Pand. II. §. 134, Arndts §. 130, Pagenstecher a. a. O. S. 3 fgg., Girtanner in Ihering's Jahrbb. III. S. 67 fgg. 83 fgg. (dessen neue Begriffsbestimmung: „Eigenthum ist das Recht an der Bestimmung der Sache" freilich Wenige befriedigen dürfte), Leist a. a. O. S. 52 fgg., Windscheid, Lehrb. des Pandekten-Rechts. Bd. I. Düsseld. 1862. §. 167. Aus dem Gesagten ergibt sich leicht der Unterschied zwischen **dominium** und **jus in re aliena**. Das letztere ist seinem Begriffe nach beschränkt, der Inhaber hat immer nur einzelne bestimmte Befugnisse; und mögen diese auch noch so ausgedehnt sein, so kann doch sein Recht nie und unter keiner Voraussetzung unbegrenzt werden, wenn es sich nicht in Eigenthum umwandeln soll. Das **dominium** dagegen ist seinem Begriffe nach unbeschränkt, und wenn die materiellen Befugnisse des Inhabers auch noch so sehr begrenzt sind, so sind diese Grenzen doch immer nur temporär, und es bleibt stets die Möglichkeit, daß die ursprüngliche Unbeschränktheit wiederkehrt.

Anm. 2. Wenn auch das *in bonis esse* (oder, wie die Neuern gewöhnlich, auf die Auktorität des Theophilus, sagen: das bonitarische Eigenthum), im Gegensatz des **dominium ex jure Quiritium**, in der Justinianischen Gesetzgebung nicht mehr vorkommt, so ist doch die Kenntniß davon für die Einsicht in das

römische Recht so wichtig, daß dasselbe auch in dogmatischen Vorlesungen nicht ganz übergangen werden darf.

1) Was das eigentliche Wesen desselben anbelangt, so hat insbesondere Zimmern in einer eigenen Abhandlung im Rhein. Mus. III. No. 19, den Eigenthums-Charakter desselben ganz geleugnet, indem er darin nur einen geschützten Besitz sehen will. Die Römer hätten zwar allerdings ein duplex dominium anerkannt, aber diese Unterscheidung sei nicht auf bonitarisches und quiritarisches Eigenthum gegangen, sondern auf das nudum jus Quiritium und das dominium ex utroque jure. Alles dieses soll nun theils aus Gai. I. 54. und II. 40. hervorgehen, theils daraus, daß sich bei den klassischen Juristen da, wo erweislich nur ein in bonis entstanden sei, nie die Ausdrücke: meum, nostrum, ejus est fänden. — Offenbar sprechen jedoch die von Zimmern für sich angeführten Stellen geradezu gegen seine Meinung, und wenn es namentlich in der ersteren heißt: ita demum servum in potestate *domini* esse dicemus, si in ejus bonis sit, so wird ja hier so bestimmt, wie nur möglich gerade der, welcher blos das in bonis über den Sklaven hat, dominus genannt. Eben so nennt ihn Justinian in l. un. C. de nudo jure Quirit. toll. (7, 25) und Theophilus ad §. ult. J. de libert. spricht ganz bestimmt von einer φυσικη δεσποτεια und einem δεσποτης βονιταριος; vgl. auch noch l. 26. §. 6. i. f. de noxal. act. (9, 4), l. 1. de bon. poss. (37, 1), l. 7. §. 1. de usufr. (7, 1), l. 15. §. 16. 17. 33. de damno inf. (39, 2), in welchen Stellen sehr bestimmt der Ausdruck dominus und dominium in Verhältnissen gebraucht wird, in denen, wie gleich näher zu zeigen ist, nur das in bonis entstand. Bei solchen klaren Quellen-Aussprüchen würde der negative Beweis, den Zimmern zu führen sucht, jeden Falls unbedeutend sein, aber er fällt ganz zusammen, da Gaius, wie Ulpian an mehreren Stellen von dem bonitarischen Eigenthümer die Ausdrücke: meum, tuum, nostrum gebrauchen, *Gai.* I. 167, II. 41; *Ulp.* XXII. 8; vgl. Mayer, über das duplex dominium des römischen Rechts; in Zeitschrift für gesch. Rw. VIII. S. 2 fgg.; Unterholzner im Rhein. Mus. V. S. 1 fgg., meine Schrift über die Lat. Jun. S. 70 fgg. Gewiß also war das in bonis wahres Eigenthum, und zwar wohl ohne Zweifel peregrinisches, d. h. aus dem jus gentium entlehntes Eigenthum, im Gegensatz des quiritarischen, welches nur bei Römern, oder solchen Nichtrömern, denen das commercium ertheilt war, vorkam. Die abweichenden Ansichten von Unterholzner, Verjährungslehre I. S. 106 fgg., wornach auch bei den Peregrinen allgemein quiritarisches Eigenthum vorgekommen sei, und von Reinhardt, die usuc. und praescr. des röm. Rechts. S. 40, wornach umgekehrt bei Peregrinen auch nicht einmal das bonitarische Eigenthum habe vorkommen können, sind ganz grundlos, und bedürfen keiner Widerlegung, vgl. meine angef. Schrift S. 72 fgg.

2) Es charakterisirt sich nun aber dieses, wohl erst gegen Ende der Republik — denn früher gab es unter den Römern nur ein Eigenthum, nämlich das dominium ex jure Quiritium, *Gai.* II. 40. — aus dem jus gentium auch bei den Römern rezipirte Eigenthum im Wesentlichen dadurch, daß der Inhaber desselben den Genuß aller materiellen Gerechtsame des vollen Eigenthums, namentlich das vollste jus utendi et fruendi, so wie die Befugniß hat, über die

Substanz der Sache zu verfügen, und dieselbe durch Usukapion in sein volles quiritarisches Eigenthum zu bringen, Gai. II. 41. 204. In Beziehung auf Sklaven hat namentlich der bonitarische Eigenthümer allein die Potestas, Gai. I. 54. und das davon abhängende Recht des vollen Erwerbes von Allem, was der Sklave erwirbt, Gai. II. 88. vgl. mit III. 166; Ulp. XIX. 20. Ferner aber kann sich auch der, welchem das in bonis zusteht, gegen die rechtlich allerdings gegründete vindicatio dessen, welcher das nudum jus Quiritium hat, theils vermittelst der aktiv und passiv in rem gehenden exceptio rei venditae et traditae, vgl. *Michelsen*, de exc. rei vend. et trad. Berol. 1824, besonders pag. 21 fgg., und Zimmern a. a. O. S. 325 fgg., mit Mayer a. a. O. S. 35 fgg., theils vermittelst der exceptio doli schützen, *Gai.* II. 129. Will er selbst klagen, so kann er zwar ohne Zweifel die actio Publiciana eben so wie der bonae fidei possessor gebrauchen; aber daß diese Klage recht eigentlich für den bonitarischen Eigenthümer eingeführt worden sei, und dieser nur dieselbe und keine andere habe gebrauchen können, wie z. B. *Michelsen* p. 32 sqq., Zimmern S. 330 fgg., Puchta, Kurs. der Institut. II. §. 236. S. 600 fgg., Leist, bonor. poss. I. S. 278 fgg. und viele Andere annehmen, läßt sich gewiß nicht behaupten, denn dagegen spricht, abgesehen von anderen Gründen, schon die Fassung des, die Klage einführenden prätorischen Edikts, l. 1. pr. de Publ. act. (6, 1), vgl. unten §. 335. Text 1. Gewiß das Wahrscheinlichste ist vielmehr, worauf Hugo schon in der 9ten Rg. S. 438 hindeutete (vgl. auch 10te Ausg. S. 480, 11te Ausg. S. 525.), daß der bonitarische Eigenthümer mit einer wahren vindicatio habe auftreten können, zwar gewiß nicht per legis actionem und per sponsionem, denn beide Arten sind nur auf das dominium ex jure Quir. gerichtet, Gai. IV. 16. 93., aber wohl mit der formula petitoria, denn hier brauchte die intentio blos auf: res mea est, ohne den Zusatz ex jur. Quir. gerichtet zu werden, wie aus *Gai.* IV. 92. hervorgeht, und was auch nicht durch *Gai.* IV. 41. a. E. und *Cic.* in Verr. II. 12. widerlegt wird, denn, wenn hier Beispiele der formula petitoria mit dem Zusatz ex jure Quir. vorkommen, so beweist dies nur, daß eine solche Konzeption auch möglich, keineswegs aber, daß sie nothwendig war, vgl. bes. Mayer a. a. O. S. 15 fgg. — Die vorzüglichsten Beschränkungen des bonitarischen Eigenthums aber sind, daß der Inhaber nicht per vindicationem legiren konnte, *Gai.* II. 196, *Ulp.* XXIV. 7, daß er durch Manumission den Sklaven nur zum Latinen, nicht zum römischen Bürger machte, und daß selbst dann, wenn durch gleichzeitige oder nachfolgende Manumission von Seiten des blos quiritarischen Eigenthümers der Sklave die Zivität erhielt, zwar wohl die reellen Vortheile des Patronats, nämlich die Beerbung, ihm zukamen, *Gai.* I. 167, nicht aber auch die Tutel, welche vielmehr nach ausdrücklicher Bestimmung der lex Junia an den vormaligen quiritarischen Eigenthümer fiel, *Gai.* cit., *Ulp.* XI. 19.

3) Was endlich die Entstehungsgründe des bonitarischen Eigenthums anbelangt, so fängt man h. z. T., gewiß mit vollem Rechte, immer mehr an, die Unhaltbarkeit der früher allgemein herrschenden Ansicht einzusehen, daß der Hauptunterschied zwischen den acquisitiones dominii civiles und naturales eben nur darin bestanden habe, daß blos die ersteren das quiritarische, die letzteren aber das bonitarische Eigenthum hervorgebracht hätten, vgl. darüber unten

§. 310. Die wirklichen Entstehungsgründe des bonitarischen Eigenthums sind vielmehr: a) die traditio einer res mancipi, *Ulp.* I. 16, *Gai.* II. 41. 204; vgl. auch II. 26. — b) alle prätorischen Erwerbarten, denn der Prätor konnte kein quiritarisches Eigenthum verleihen. Hierher gehören z. B. die bonorum possessio, *Gai.* III. 80. und die bonorum venditio, *Gai.* cit. vgl. mit IV. 35, *Theoph.* III. 12. pr., die immissio ex secundo decreto damni infecti causa, l. 5. pr., l. 15. §. 15. 26. 27. de damno infecto (39, 2), der Erwerb des Sklaven ex causa noxali, l. 26. §. 6. de noxal. act. (9, 4), l. 2. §. 1. si ex nox. causa (2, 9) u. dgl. m., vgl. Zimmern a. a. O. S. 315 fgg., Mayer S. 56 fgg. — c) Erwerbarten, die zwar nicht durch den Prätor eingeführt, aber doch auf Veranlassung des Senats oder kaiserlicher Konstitutionen durch denselben vermittelt werden, wie namentlich die Universal-Succession ex SCto Trebell., l. 63. ad SC. Treb. (36, 1), l. 24. §. 1. fam. hercisc. (10, 2), l. 4. §. 19. pro emt. (41, 4), vgl. auch Hasse im ziv. Arch. V. S. 46 fgg.

4) Im neuesten Justinianischen Rechte ist von der ganzen Eintheilung in quiritarisches und bonitarisches Eigenthum keine Rede mehr, sondern in allen Fällen, wo ehedem blos das in bonis Statt fand, greift jetzt das volle Eigenthum Platz, vgl. l. un. C. de nudo jure Quirit. tollendo (7, 25).

Vgl. überhaupt Unterholzner im Rhein. Mus. I. S. 129 fgg., V. S. 1 fgg., Zimmern ebendas. III. S. 311 fgg., Mayer in der Zeitschr. für gesch. Rw. VIII. S. 1 fgg., *Fabricius*, de duplici apud Rom. dominio. Vratisl. 1840, Leist, Bonor. Possessio I. S. 240 fgg., Puchta, Kurs. der Instit. II. §. 235 fgg., Sell a. a. O. S. 32 fgg., Böcking, Pand. II. §. 135 fgg.

B. Im Eigenthum enthaltene Rechte. §. 296.

C. Beschränkungen des Eigenthums.

1) Im Allgemeinen. §. 297.

Böcking, Pand. II. §. 140, Bekker in seinem Jahrb. V. S. 147 fgg. Vgl. auch Werenberg, über die Kollision der Rechte verschiedener Grundeigenthümer in Ihering's Jahrbb. VI. S. 1 fgg., und dazu Ihering, zur Lehre von der Beschränkung des Grundeigenthümers im Interesse der Nachbarn; ebendas. S. 81 fgg.

Anm. Von Beschränkungen des Eigenthums kann offenbar nur dann die Rede sein, wenn solche Befugnisse fehlen, welche Ausfluß des Eigenthums sind. Als Ausfluß des Eigenthums kann aber nur das Recht, selbst etwas zu thun, und Andere auszuschließen, angesehen werden, niemals aber die Befugniß, etwas nicht zu thun, und demnach versteht es sich auch von selbst, daß es nur zwei Klassen von Eigenthums-Beschränkungen geben kann, nämlich solche, wornach der Eigenthümer etwas nicht thun, und solche, wornach er etwas leiden muß. Wenn Andere noch eine dritte Art nennen, nämlich Beschränkungen, wornach der Eigenthümer etwas thun müsse, und dahin z. B. die Verpflichtung

zur cautio damni infecti u. dgl. zählen, z. B. Thibaut, Syst. §. 728 fgg., Mühlenbruch §. 242. bei Not. 3, so beruht dies offenbar auf Verwechslung von Beschränkungen des Eigenthums und des Eigenthümers. Nur das Letztere tritt in Fällen der letztgenannten Art ein, denn der Eigenthümer übt dabei alle Eigenthums-Befugnisse in vollem Maaße aus, und daneben legt ihm nur das Gesetz Verbindlichkeiten auf, welche seine Eigenthums-Rechte gar nicht berühren. — Wahre Eigenthums-Beschränkungen können nun theils durch Privat-Dispositionen (vgl. besonders die folgenden Kapitel über jura in re aliena), theils durch unmittelbare gesetzliche Vorschriften begründet werden, und zwar ist das Letztere besonders bei den Eigenthümern von Grundstücken der Fall, indem hier die Gesetze auf die nachbarlichen Verhältnisse billige Rücksicht nehmen. Wenn man in Fällen dieser Art häufig von Legal-Servituten redet, so ist dieses sicher nicht römisch, da hierbei nirgends die *actio confessoria* erwähnt wird, sondern theils besondre Interdikte, theils actiones in personam, theils die actio *negatoria* (arg. l. 8. §. 6. si serv. vind. 8, 5), vgl. auch Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 140, Elvers, Servitut. S. 291 fgg., Wirth, Systematik des röm. Zivilr. S. 127 fgg., Pagenstecher I. S. 37 fgg., Bekker cit. S. 151 fgg., Windscheid, Lehrb. I. §. 169. Not. 2. Die wesentlichen gesetzlichen Beschränkungen sind — abgesehen von den in den fgg. §§en noch besonders zu behandelnden — folgende:

1) Wenn es auch allgemeine Regel ist, daß man sein Recht selbst dann ungehindert ausüben darf, wenn man dadurch einem Anderen schadet („qui jure suo utitur, neminem laedit"), und wenn auch diese Regel namentlich beim Eigenthum sehr bestimmt anerkannt ist, vgl. z. B. l. 9. de S. P. U. (8, 2), l. 24. §. ult., l. 26. de damn. inf. (39, 2), l. 1. §. 12., l. 21. de aqua et aquae pluv. arc. (39, 3), so muß man derselben doch wohl die allerdings auch noch heutzutage sehr bestrittene (vgl. z. B. Schweppe, Handb. I. S. 146, Gesterding, Nachforsch. V. S. 191 fgg., Fritz, Erläutr. zu Wening S. 49 fgg., Schmid a. a. O. S. 27. Not. 35, Jhering a. a. O. S. 103 fgg.) Modifikation zufügen: daß man seine Eigenthums-Befugnisse nicht zur blosen Chikane eines Anderen gebrauchen dürfe, wovon dann auch namentlich auf den s. g. Neidbau Anwendung zu machen ist. Hierher gehören besonders l. 1. §. 12, l. 2. §. 9. de aqua et aquae pluv. arc. (39, 3), wo ganz bestimmt an sich völlig erlaubte Handlungen dem Eigenthümer verboten sind, wenn er sie blos vornehme, um einem Anderen zu schaden, und eben dies spricht sich auch deutlich in Nov. 63. aus; vgl. auch l. 3. pr. de operib. publ. (50, 10), wo ein opus novum ad aemulationem alterius civitatis verboten ist.

2) Ein anderer allgemeiner Grundsatz des römischen Rechts ist, daß der Eigenthümer eines Grundstückes alles das von dem Eigenthümer des Nachbargrundstückes dulden muß, was als Folge der Eigenthums-Ausübung erscheint, wie mäßigen Rauch, Staub u. dgl., während er dies durchaus nicht nöthig hat, wenn es etwa als Folge eines besonderen Gewerbes in ungewöhnlichem Maaße geschieht, vgl. l. 8. §. 5 sqq. si serv. vindic (8, 5), Spangenberg im ziv. Arch. IX. S. 265 fgg., Holzschuher, Theor. und Kas. II. S. 81 fgg., Hufnagel, Mitth. II. S. 164 fgg., Schmid a. a. O. S. 19, Jhering a. a. O. S. 110 fgg.

3) L. un. de glande legenda (43, 28): „Ait praetor: *Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere, auferre liceat, vim fieri veto.* (§. 1). Glandis nomine omnes fructus continentur". — Wenn auch h. z. T. allgemein (s. jedoch wieder Gesterding, v. Eigenthum S. 24.) anerkannt ist, daß das *tertio quoque die* in l. un. cit. nicht so, wie die meisten Aelteren es verstanden, aufgefaßt werden darf, daß nämlich quoque so viel, wie adeo sei, und also mit jenen Worten eine ganz kurze Verjährungszeit bezeichnet werde, vgl. bes. Thibaut, zivil. Abh. S. 1 fgg., so ist man doch darüber noch nicht einig, ob zwei Tage, oder nur ein Tag zwischen den zum Auflesen bestimmten Tagen frei bleiben müsse. Die Meisten erklären sich für das Letztere, vgl. z. B. Thibaut a. a. O. und im ziv. Arch. S. 117 fgg., Schweppe, jur. Mag. I. S. 142 fgg., Dirksen in Zeitschr. für gesch. Rw. II. S. 424, Roßhirt in seiner Zeitschr. I. S. 117 fgg., Savigny, Syst. IV. S. 606. Not. g., Puchta, Lehrbuch §. 399, Kurs. der Institut. II. §. 231. Not. cc. u. A. m., während Andere eine Zwischenzeit von zwei Tagen annehmen wollen, vgl. z. B. Grimm in der gesch. Zeitschr. III. S. 357, Guyet im ziv. Arch. XVII. S. 64 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 47. Not. 24, Schmid, Handb. I. S. 23. Not., Sell cit. S. 27. u. A. m. Aus sprachlichen Gründen läßt sich diese Streitfrage wohl schwerlich entscheiden, da der römische Sprachgebrauch sehr schwankend ist, indem bei Anwendung von Ordinalzahlen der Zeitabschnitt, von welchem die Zählung beginnt, bald mitgezählt, bald nicht mitgezählt wird, wofür zahlreiche Belege von Savigny, Syst. IV. Beil. 11. S. 602 fgg. zusammengestellt sind. Unter diesen Umständen dürfte aber wohl die herrschende Lehre, wornach in unserem Falle tertio quoque die gleichbedeutend ist mit: alternis diebus, den Vorzug verdienen, weil sie zu einem natürlicheren und sachlich angemesseneren Resultat führt; vgl. auch l. 1. §. 22. de aqua quot. et aest. (43, 20).

4) L. 1. de arboribus caedendis (43, 27): „Ait praetor: *Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat, quominus eam adimas, tunc, quominus illi eam arborem adimere sibique habere liceat, vim fieri veto.* — §. 7. Deinde ait praetor: *Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc quo minus illi ita coercere, lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto.* — §. 8. Quod ait praetor, et lex XII tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur; et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret. §. 9. Differentia duorum capitum interdicti haec est, si quidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecipitur; si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri". — Was den zweiten Fall des interdict. de arboribus caedendis anbelangt, so sind unter unseren Juristen besonders zwei Punkte kontrovers, nämlich a) auf welche Aeste ist dieses Interdikt zu beziehen, auf die über, oder auf die unter 15 Fuß von der Erde an, herüberhängenden? Namentlich hat Hugo von jeher die erstere Meinung vertheidigt, s. auch noch dessen 11te Rg. S. 204. und die Note dazu, und jetzt auch Bekker a. a. O. S. 170 fg. Wenn man nun auch zugestehen muß, daß

die abgedruckten Gesetzesworte auf beide Meinungen gleich sehr passen, und die Basiliken LX. 15. fr. 13. sogar mehr für Hugo's Meinung streiten, vgl. jedoch auch *Andreae,* comment. exeget. ad tit. D. de arbor. caed. Jen. 1818, so haben sich doch gewiß mit Recht die meisten Neueren gegen diese Ansicht aus Gründen erklärt, die in der Natur der Sache liegen; vgl. bes. Dirksen in der Zeitschrift für geschichtl. Rw. II. S. 424 fgg.; s. auch Grimm ebendas. III. S. 352 fgg., Thibaut, ziv. Abh. S. 1. Note 2. und in Braun's Erörtr. S. 492 fgg. Eine eigene Idee vertheidigt dagegen wieder *Kirsten,* de coercitione arbor. in fundum vic. propendent. Gott. 1820, dem auch Schmid a. a. O. S. 25 fgg. beistimmt, indem er annimmt, das interd. de arborib. caedend. beziehe sich vielmehr darauf, daß Grenzbäume, was in Italien gewöhnlich Pappeln seien, in einer Höhe von 15 Fuß ganz abgekappt werden müßten, wofür zwar die Auktorität eines Sachverständigen, der in Italien gewesen ist, angeführt wird, was aber doch gewiß mit dem Ausdruck der l. 1. §. 7. 8. cit. nicht vereinbar ist; s. jedoch auch *Lang,* ad fragm. 1. §. 7—9. de arbor. caed. Heidelb. 1823. — b) Eine andere bestrittene Frage ist es, wie es sich mit den überhängenden Aesten verhalte, die nicht unter das interdict. de arbor. caed. fallen? Während nämlich die herrschende Lehre dahin geht, daß der Nachbar diese dulden müsse, und insofern sein Eigenthum gesetzlich beschränkt sei, haben umgekehrt Koch in v. Löhr's Magaz. IV. Nr. 18. und neuerlich Guyet im ziv. Archiv XVII. S. 31 fgg. die Meinung vertheidigt, daß auch die Aeste über 15 Fuß abgeschnitten werden müßten, und bei den Aesten unter 15 Fuß nur die Eigenthümlichkeit eintrete, daß der Nachbar sie selbst abhauen und das Holz behalten dürfe, eine Meinung, die sich wohl schwerlich mit den Worten der l. 1. §. 8. 9. in Einklang bringen läßt. — Ueber die analoge Anwendung unseres Interdikts auf Baumwurzeln s. l. 1. C. de interdict. (8, 1).

5) Der Eigenthümer muß Nachgrabungen nach zu entdeckenden Metallen, Steinen u. dgl., sofern dies ohne Beschädigung der Oberfläche geschehen kann, dulden, jedoch nur gegen Abgabe von $\frac{1}{10}$ des Ertrags an den Fiskus, und eines anderen $\frac{1}{10}$ an ihn selbst, l. 3. 6. C. de metallariis (11, 6).

6) Der Eigenthümer darf nicht den Luftzug zu der area des Nachbars verbauen, l. 14. §. 1. C. de servit. et aqua (3, 34). Eine Ausdehnung dieser Bestimmung auf andere Anlagen, z. B. Windmühlen, wie sie z. B. in Bülow's und Hagemann's praktischen Erörtrungen Bd. IV. S. 16. wenigstens für den Fall vertheidigt wird, wenn die Mühle zum öffentlichen Gewerbe mit landesherrlicher Konzession angelegt sei, ist jedenfalls unstatthaft, Gesterding, vom Eigenthum S. 16 fgg.

7) Der Nachbar muß gegen eine vom Richter zu bestimmende Entschädigung den unentbehrlichen Weg zu einem Grabmahl gestatten, l. 12. pr. de religios. (11, 7). Eine sehr allgemeine Praxis dehnt dies, doch wohl aus guten innern Gründen, auf alle Fälle aus, in denen Jemanden zur gehörigen Benutzung seines Grundstückes die Einräumung eines Weges nöthig ist (s. g. Nothweg), Glück IX. S. 97 fgg., Elvers in seiner Themis I. S. 73 fgg.; vgl. auch *Sicul. Flacc.* de condit. agror. in Lachmann's röm. Feldm. S. 146. — Wenn hierbei Manche eine gesetzliche Verbindlichkeit zu einem *facere,* nämlich zur Konstituirung einer

Servitut erblicken wollen, z. B. Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschrift I. S. 139, Elvers, Servitut. S. 292, Wirth, Systematik S. 128 u. A. m.: so wird damit der wirkliche Kern der gesetzlichen Bestimmung schwerlich getroffen. Das Wesentliche ist, daß der Eigenthümer vermöge Gesetzes gezwungen werden kann, einen Weg über sein Grundstück zu dulden.

8) Quum via publica vel fluminis impetu vel ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet, l. 14. §. 1. quemadm. servit. amitt. (8, 6).

9) Der Nachbar muß die Ausweichung der fremden Wand in seinem Luftraum unter einem halben Fuß dulden, l. 17. pr. si servit. vindic. (8, 5). Die Auslegung von Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 47. Not. 33, daß in dieser Stelle der halbe Fuß nur beispielsweise genannt sei, und daß man demnach auch bei geringeren Abweichungen negatorisch klagen könne, scheint mir aus sprachlichen und sachlichen Gründen unhaltbar zu sein, und ich muß es für eine zweckmäßige gesetzliche Bestimmung halten, daß nicht wegen einer jeden ganz unbedeutenden, den Nachbar nimmer belästigenden Ausweichung, sogleich die Einziehung der Mauer verlangt werden kann; vgl. auch Hufnagel, Mittheilungen II. S. 47 fgg. Wenn aber jetzt Sell S. 28 dem Nachbar sogar das Recht geben will, bei einem Neubau einer Mauer einen halben Fuß in meinen Luftraum einbringen zu dürfen, so ist dieses entschieden verwerflich.

10) Wenn Jemand einen Todten auf das Grundstück eines Anderen beerdigt hat, so darf der Grundeigenthümer denselben nicht ohne höhere Genehmigung ausgraben, sondern nur eine Entschädigungsklage anstellen, l. 2. §. 2, l. 7. pr., l. 8. pr. de religios. (11, 7).

11) Gewissermaßen ist hierher auch die, schon von den 12 Tafeln für die Stadt Rom, durch spätere kaiserliche Verordnungen aber generalisirte Vorschrift zu zählen, daß Niemand einen Todten in ein Grundstück innerhalb der Stadt beerdigen darf, l. 3. §. 5. de sepulchro viol. (47, 12), l. 12. C. de relig. (3, 44). — *Paul.* rec. sent. l. 21. §. 3; *Schulting.* ad h. l., Dirksen a. a. O. S. 421 fgg.

12) Die in l. 13. finium regundor. (10, 1) angeführten Bestimmungen des Solonischen Gesetzes, wornach weitschattende Bäume, wie Oel= und Feigenbäume 9, andere 5, Häuser 2 Fuß, Brunnen einen Schritt, Graben so weit als sie tief sind, von den Grenzen entfernt sein müssen, dürfen in diesem Détail gewiß nicht auch als Disposition des römischen Rechts angesehen werden, sondern der Jurist führt sie offenbar nur auf, um anzudeuten, daß das Prinzip, worauf sie beruhen, auch im römischen Rechte anwendbar sei, vgl. auch l. 17. §. 2. si servit. vindic., l. 24. §. 12. de damn. inf. S. auch *Rosen*, fragmenti Gajani de jure coufinium in l. ult. fin. regund. interpretatio. Lemgo 1831.— v. Langenn und Kori, Erörtr. II. 23.

Die im Korp. jur. vorkommenden Verordnungen über den Häuserbau, wie namentlich über den Zwischenraum derselben (s. g. intercapedo), über Höhe und Form (Tit. Cod. VIII. 10. de aedificiis privatis) sind h. z. T. unanwendbar, und es entscheiden darüber nur lokale Polizei=Maßregeln.

2) Insbesondere.

a) In Betreff des Wasserlaufs. §. 298.

Dig. XXXIX. 3. de aqua et aquae pluviae arcendae. — K. A. Schneider in Gießer Zeitschrift V. S. 325 fgg., Elvers in der neuen Themis I. S. 497 fgg., Schmidt (v. Ilmenau), ziv. Abhh. S. 91 fgg., v. d. Pfordten in Richter's krit. Jahrb. Jahrg. VII. (1843) S. 588 fgg., Habicht, Kontrov. Entscheid. I. S. 518 fgg., Schäffer im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft II. S. 16 fgg., Hesse, Rechtsverhältnisse der Grundstücks-Nachbarn. Eisenb. 1859. S. 184 fgg. Vgl. auch Bekker in sein. Jahrb. V. S. 176 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. §. 1. h. t.: Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto, hoc est de eo opere, ex quo damnum timetur; totiesque locum habet, quoties manu facto opere agro aqua nocitura est, id est, quum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret, si forte immittendo eam aut majorem fecerit, aut citatiorem, aut vehementiorem, aut si comprimendo redundare effecit. Quodsi natura aqua noceret, ea actione non tenetur.

2) *Idem* l. 1. §. 15. h. t.: In summa puto, ita demum aquae pluviae arcendae locum actionem habere, si aqua pluvia, vel quae pluvia crescit, noceat non naturaliter, sed opere facto, nisi si agri colendi causa id factum sit. — Cf. l. 1. pr. eod.: Aquam pluviam dicimus, quae de coelo cadit atque imbre excrescit, sive per se haec aqua coelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit. — §. 16. Imbre autem crescere eam aquam, quae colorem mutat vel increscit.

b) In Betreff der Veräußerung. §. 299.

Inst. II. 8. quibus alienare licet vel non; Cod. IV. 51. de rebus alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca. — *Sande*, de prohibita rer. alienatione. Leov. 1657; Glück XVI. S. 41 fgg.; Gesterding, vom Eigenthum S. 27 fgg.; Lauk in Gieß. Zeitschr. V. S. 1 fgg.; Fritz, Erläutr. S. 277 fgg.; Schmid a. a. O. S. 33 fgg.; Bachofen, ausgewählte Lehren Nr. 2—6. S. 57 fgg.; Boecking, Pand. II. §. 158; Heimbach im Rechtslex. XII. S. 101 fgg., Pagenstecher cit. I. S. 58 fgg.

Anm. Was die Wirkungen eines Veräußerungs-Verbots anbelangt, so sind hier folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Wenn die Veräußerung durch das Gesetz verboten ist (man erinnere sich z. B. an die Veräußerungs-Verbote einer **res litigiosa**, des s. g. **peculium adventitium regulare**, des **fundus dotalis**, des Mündelguts, und über einige veraltete Fälle vgl. man **l. 2. C. de eunuchis (4, 42)**, und **tit. C. de praed. decurion. (10, 33)**, so ist so viel allgemein anerkannt, daß die dennoch vorgenommene Veräußerung nichtig ist, woraus aber freilich noch nicht gefolgert werden darf, daß auch das der Veräußerung vorausgehende Geschäft, Verkauf, Schenkung u. dgl. nichtig sei. Dieses ist vielmehr, sofern nur der Erwerber die Unveräußerlichkeit nicht kannte, allerdings wirksam, obgleich freilich die Kontraktsklage nicht auf Uebertragung der Sache, wohl aber auf Präftation des Interesse, Eviktionsleistung u. dgl. angestellt werden kann, vgl. **l. 4. 6. pr., l. 34. §. 2, l. 62. §. 1, l. 70. de contr. emt. (18, 1), l. 39. §. 3. de evict. (21, 2), l. 5. §. 5. de reb. eor., qui sub tut. (27, 9), l. 9. C. de praed. minor. (5, 71), l. 4. C. de litig. (8, 37), Nov. 7. c. 5**, Brandis in Gieß. Zeitschr. VII. S. 181 fgg. Bestritten aber ist es, ob auch der Veräußerer selbst die veräußerte Sache vindiziren dürfe? Die meisten leugnen dies, weil Niemand seine eigenen Fakta anfechten dürfe, und wegen des Ausspruchs der **l. 17. de evict.: vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse summoveri**; wobei man doch eine Ausnahme für den Fall anzunehmen pflegt, wenn das Verbot lediglich den Vortheil des Veräußerers bezwecke, vgl. z. B. Lauk a. a. O. S. 9 und die da Angeff. Man muß aber vielmehr so sagen: der Veräußerer kann, eben weil die Veräußerung nichtig, und er also noch immer Eigenthümer ist, die veräußerte Sache unbedenklich vindiziren. Zwar steht nun seiner **vindicatio** die **exceptio rei venditae et traditae** mit Recht entgegen, weil ja doch das der Veräußerung vorausgehende Geschäft, der Verkauf u. s. w. giltig ist, aber diese an sich begründete **exceptio** ist unwirksam, weil sie durch eine auf die Nichtigkeit der Veräußerung sich gründende **replicatio** elidirt wird, „**nam et si tradiderit possessionem, fuerit autem justa causa vindicandi, replicatione adversus exceptionem utetur**", **l. 1. §. 5. de exc. rei vend. et trad. (21, 3)**, vgl. **l. 32. §. 2. ad SC. Vellej. (16, 1)**. Die von den Gegnern angeführten Gründe sind ganz hinfällig; denn daß man sich nicht auf den allgemeinen Ausspruch der **l. 17. de evict.** berufen darf, zeigen die eben angeführten Gesetze, in denen eine Ausnahme von jener allgemeinen Regel angenommen wird, **si justa causa vindicandi fuerit**, was doch gewiß vorzüglich auf den Fall eines Veräußerungs-Verbots paßt; und daß hier der Gemeinspruch: Niemand dürfe seine eigenen Fakta anfechten, unanwendbar ist, geht aus der einfachen Betrachtung hervor, daß ja hier die Veräußerung als gar nicht geschehen angenommen werden muß; vgl. bes. Brandis a. a. O. S. 184 fgg., u. s. auch Puchta, Vorles. I. ad §. 145], Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 38. Note 9, Schmid a. a. O. S. 36 fgg. Note 10, Heimbach a. a. O. S. 104 fgg., Windscheid, Lehrbuch I. §. 172a. Note 2. u. A. m., (vgl. auch oben §. 217. Anm. 3).

2) Ist die Veräußerung durch richterliches Dekret verboten, so ist sie

ebenfalls nichtig, l. 12. de usurp. (41, 3), und zwar muß auch hier, nicht weniger, wie bei dem gesetzlichen Verbot, absolute Nullität angenommen werden s. auch Wening in Gießer Zeitschrift I. S. 362 fgg., Brandis a. a. O. S. 194 fgg.

3) Hat Jemand durch letzten Willen die Veräußerung einer Sache verboten, so kann von der Nichtigkeit der dennoch vorgenommenen Veräußerung nur dann die Rede sein, wenn der Testator zum Vortheil einer bestimmten Person seine eigene Sache zu veräußern verboten hat; denn in diesem Falle ist in dem Veräußerungs-Verbot zugleich die Anordnung eines Vermächtnisses enthalten, und es koinzibirt also mit dem testamentarischen zugleich ein gesetzliches Verbot, l. 3. §. 2. C. comm. de legat. (6, 43), vgl. l. 114. §. 14. de legat. I. verb.: Quodsi liberos etc.; s. auch Seuffert, das gesetzl. Veräußerungs-Verbot bei Vermächtnissen. München 1854. Wäre dagegen das Veräußerungs-Verbot in Niemandes ersichtlichem Interesse, so ist dasselbe als nudum praeceptum gar nicht zu beachten, l. 114. §. 14. init. de legat. I., und hätte der Testator dem Honorirten eine eigene Sache desselben zum Vortheil einer bestimmten dritten Person zu veräußern verboten, so ist die Veräußerung an sich giltig, und es findet nur eine Entschädigungsklage von Seiten des Interessenten gegen den veräußernden Honorirten Statt.

4) Wenn ein *pactum* de non alienanda re abgeschlossen wird, so ist ein Vertrag solcher Art wegen mangelnden Interesses regelmäßig ganz ungiltig, l. 61. de pact. (2, 14):

> „Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito praedium alienet",

denn die Meinung von *Hert*, de pacto, ne dominus rem suam alienet §. 2. (in opusc. vol I. tom 3. p. 64), in der l. 61. cit. sei nur ein pactum *nudum* de non alienando für unwirksam erklärt worden, ist gewiß unhaltbar. Giltigkeit kann aber ein solcher Vertrag erlangen, wenn ein Interesse durch beigefügte Pönal-Stipulation künstlich geschaffen wird — und hiervon, nicht aber, wie *Hert* l. c. will, von einer einfachen Stipulation, ist l. 11. de religios. (11, 7) zu verstehen, vgl. Glück XVI. S. 56 und die da Angeff. —, wenn sich Jemand wegen eines dinglichen Rechtes, was ihm an der Sache zusteht, l. 7. §. 2. de distr. pign. (20, 5), und wenn der Auktor bei Uebertragung der Sache sich die Nichtveräußerung versprechen läßt, vgl. die nachher zu allegirenden Gesetze. Welche Wirkungen aber ein solcher Vertrag habe, muß nach Verschiedenheit der Fälle verschieden beantwortet werden:

a) Im Falle einer beigefügten Pönal-Stipulation versteht es sich von selbst, daß die dennoch vorgenommene Veräußerung vollkommen rechtsbeständig, und nur eine persönliche Klage auf Leistung der Konventional-Strafe zulässig ist.

b) Wenn der, welcher ein dingliches Recht an einer fremden Sache hat, sich die Nichtveräußerung versprechen läßt, wohin namentlich der Fall gehört, wenn der Pfandgläubiger mit dem Schuldner einen solchen Vertrag schließt, so entscheidet die l. 7. §. 2. de dist. pign. (20, 5) folgender Maaßen:

„Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam

vendere vel pignus, quid juris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque venire possit? *Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur*[c].

Allerdings ist diese Stelle nicht unbedenklich und auch von Seiten der Kritik nicht unangefochten. So wird schon in der Glosse (s. auch v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im M. A. Bd. III. Anh. VIII. S. 633) als abweichende handschriftliche Lesart angeführt: nullam esse pactionem, ut venditioni stetur, und dieselbe ist z. B. von *Donell.* ad l. 135. §. 3. de V. O. rezipirt worden. *A. Faber,* de error. pragmaticor. dec. 87. err. 2, dem z. B. auch Westphal, Pfandr. S. 301. folgt, will dagegen in den vorhergehenden Worten Statt: *debitori* lesen: *debitoris,* wodurch der Sinn entstände, daß der Debitor von dem Kreditor sich das Versprechen der Nichtveräußerung geben ließe; und mit ganz gleichem Sinn ändert *a Costa,* ad tit. Inst. quib. alienare licet vel non §. 1. die vorhergehenden Worte so ab: si pactum sit *a debitore,* ne liceat *creditori* hypothecam vendere. Puchta endlich in der geschichtlichen Zeitschrift XII. S. 220 fgg. (kl. Schriften Nr. 38, vgl. auch dessen Kursus der Institut. II. §. 241. Note l., und Vorles. I. Beil. XIV.) verbindet mit dieser Konjektur von Costa in den Anfangsworten, die in der Glosse angedeutete abweichende Lesart in den Schlußworten, so daß Marcian den [nicht einmal ganz wahren!] Satz ausgesprochen hätte, ein Vertrag, wodurch einem Gläubiger das Veräußerungs-Recht genommen werden solle, sei nichtig, und auch diese Hypothese hat schon Anhänger gefunden an Schmid a. a. O. S. 41. Note 22, Bachofen, ausgew. Lehren S. 177 (welcher Letztere sich noch in seinem Pfandrecht I. S. 611 gewiß mit vollstem Rechte dagegen erklärt hatte), Böcking II. S. 193 fgg., Arndts, Lehrbuch §. 132. Anm. 5, Heimbach S. 108. Note 51. u. A. — Alle diese Veränderungen sind willkürlich, und nicht nur gegen die Mss., namentlich die Florent., sondern auch gegen die *Basil.* XXV. 7. 7, und es bleibt daher gewiß nichts übrig als sich nothgedrungen die Anomalie, die allerdings nach der handschriftlichen Lesart in dieser Stelle enthalten ist, gefallen zu lassen, und dieselbe dann etwa so zu erklären, daß der Pfandgläubiger durch einen solchen Vertrag sein dingliches Recht, welches er an der Sache hat, erweitert habe, und eben darum nicht blos gegen den Kontrahenten, sondern gegen jeden Besitzer der Sache auftreten könne. Er braucht also die Veräußerung nicht anzuerkennen, und es hat dies für das neuere Recht namentlich die wichtige Wirkung, daß er, sofern etwa Konkurs über den neuen Eigenthümer ausbrechen sollte, die Sache von der Masse vorwegnehmen kann, und daß er sich die exc. excussionis nicht gefallen zu lassen braucht, *Hert* l. c. §. 3 sqq., Glück XVI. S. 56 fgg., Lauk S. 13, Fritz, Erläutr. S. 282. 286, Büchel, Verpfändung der jura in re S. 17, 2te Auflage. S. 298 und S. 470, Sintenis, Pfandr. S. 79. Note 1, prakt. Zivilr. I. §. 38. Note 16, Windscheid, Lehrbuch I. §. 172a. Note 8. — Wenn jetzt Pagenstecher S. 62 vorschlägt, die Stelle, unter Beibehaltung des handschriftlichen Textes, von dem Falle zu verstehen, wenn ein Gläubiger von seinem Schuldner, welcher selbst auch Pfandgläubiger eines Dritten ist, sich versprechen läßt, sich der Pfanddistraktion zu enthalten, und wenn er dann die Entscheidung Marcian's dadurch rechtfertigen will, daß ein solcher Vertrag als

ein in etwas eigenthümlicher Weise bestelltes subpigus aufgefaßt werden müsse: so würde dadurch m. E. dem römischen Juristen eine so überaus verkünstelte Ausdrucksweise aufgebürdet, daß ich mir noch eher, um den Schwierigkeiten der Stelle zu entgehen, eine Textveränderung gefallen lassen würde, als diese Auslegung.

c) Wenn der frühere Eigenthümer sich bei der Uebertragung die Nichtveräußerung versprechen ließ, so muß unterschieden werden, ob dies als Resolutiv-Bedingung beigefügt ist, oder nicht, und im ersteren Falle entscheidet sich Alles einfach nach den früher erörterten Grundsätzen (s. oben §. 96. Anm.), dahin, daß die Veräußerung nichtig ist, und dem Rückerwerber die vindicatio zusteht, was zwar jetzt von Böcking a. a. O. S. 195 in Abrede gestellt wird, aber aus nicht überzeugenden Gründen. Im zweiten Falle aber muß umgekehrt entschieden werden; die Veräußerung nämlich ist giltig, und nur persönliche Klagen auf Entschädigung können gegen den Veräußernden gebraucht werden, l. 135. §. 3. de V. O., l. 3. C. de cond. ob caus. dator. (4, 6) verb.: „ut donatori *condictio* quaeratur"; vgl. auch l. 75. de contr. emt. (18, 1), l. 21. §. 5. de act. emt. vend. (19, 1). Freilich wollen Viele auch in solchen Fällen Nichtigkeit der Veräußerung behaupten, aber gewiß mit Unrecht. Denn wenn man dafür sich vorzüglich auf die in anderer Beziehung freilich sehr wichtige l. ult. C. de reb. alien. non alienand. (4, 51) beruft, so übersieht man, daß hieraus nur die Giltigkeit eines vertragsmäßigen Veräußerungs-Verbots hervorgeht, über die Wirkungen desselben aber aus diesem Gesetze nichts gefolgert werden kann: und eben dies ist auch bei l. ult. C. de pact. inter emt. et venditor. (4, 54) der Fall, denn die anderweite Erklärung dieser Stelle von Mühlenbruch, Zess. 3te Aufl. S. 327 fgg., es sei hier von einer bei Veräußerung eines Grundstücks reservirten Servitut die Rede, hat doch sehr Vieles gegen sich. Wenn man ferner die l. 3. C. de cond. ob caus. dator. (4, 6) und namentlich die Worte derselben anführt, id efficit, *ne alteruter vestrum prorsus alienet*, so hat schon Lauk S. 14. diese Stelle sehr richtig so interpretirt: das Veräußerungs-Verbot bewirkt entweder, daß der Donatar die Veräußerung ganz unterläßt (etwas Faktisches), oder daß, wenn er es nicht thut, dem Schenker eine condictio zusteht (rechtliche Folge), vgl. auch Basil. XXIV. 1. 21. Daß man sich außerdem auch noch auf l. 7. C. de revoc. donat. (8, 56) beruft, weil es dort heiße: actionem vero ita personalem esse volumus, ut *vindicationis* tantum habeat effectum, ist wahrhaft unbegreiflich, denn nicht nur, daß die ganze Stelle gar nicht von einem vertragsmäßigen Veräußerungs-Verbot spricht, so bedeutet auch hier vindicatio offenbar nur eben so viel, wie vindicta, und es ist mit jenen Worten nur eine s. g. actio vindictam spirans bezeichnet, wie schon aus dem Nachsatz: nec in heredem detur, nec tribuatur heredi klar hervorgeht. Endlich kann auch l. 5. C. si mancipium (4, 57) nicht für die Nichtigkeit angeführt werden, indem hier nur eine Singularität für das Paktum: ne servus manumittatur vorkommt. Vgl. *Gmelin*, de pacto de non alienando. Tüb. 1798. §. 13 sqq., Glück XVI. S. 62 fgg., Gesterding, Eigenthum S. 27 fgg., Lauk S. 14 fgg., Fritz, Erläutr. S. 281 fgg., Mühlenbruch, Zess. 3te Aufl. S. 325 fgg., Schmid a. a. O. S. 42 fgg. — Wenn Viele der

hier vertheidigten richtigeren Meinung folgen, aber doch eine Ausnahme für den Fall annehmen, wenn mit dem Vertrage eine Hypothek verbunden worden sei, Glück XVI. S. 67. und 167, so ist auch dieses zu verwerfen, und nur soviel versteht sich von selbst, daß in einem solchen Falle der Paszisezent die hypothekarische Klage auch gegen den dritten Besitzer anstellen kann, Mühlenbruch a. a. O. S. 328 fgg.

c) In Betreff der Vindikation. §. 300.

Dig. XLVII. 3. de tigno juncto. *Majans.*, de tigno juncto, in Disput. II. nr. 48, *Huschke*, comm. ad leg. XII. tab. de tigno juncto. Vratisl. 1837, Puchta in der Gießer Zeitschr. XI. 10. (auch in dessen kl. Schriften Nr. 24. S. 392 fgg.)

§. 29. J. de rer. divis. (2, 1): Cum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse dominus intelligitur aedificii, quia omne, quod inaedificatur, solo cedit; nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuerat, desinit esse dominus esse, sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem XII. tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum aedibus suis injunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet per actionem, quae vocatur de tigno injuncto — —, quod ideo provisum est, ne aedificia rescindi necesse sit. Sed si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum jam persecutus, tunc eam vindicare et ad exhibendum de ea re agere.

Anm. Schon in den XII Tafeln war der Grundsatz ausgesprochen, daß so lange tigna integrirende Theile eines fremden Hauses oder Weinbergs seien, keine Trennung derselben verlangt werden, und folglich auch keine Vindikation derselben Statt finden könne, daß aber Statt dessen dem Eigenthümer eine Ersatzklage auf das Doppelte zustehen solle, vgl. Dirksen 12 Tafelgesetz S. 437 fgg. und bes. *Huschke* l. c. (wo sich p. 4. und p. 24. eine vortreffliche Restitution der hierher gehörigen Stelle der 12 Tafeln, aus den bekannten verstümmelten Andeutungen bei Festus vorfindet). Ein sehr gewöhnlich ganz übersehenes Requisit dieser actio de tigno juncto ist es nun aber, daß die verbauten tigna *furtiva* sein müssen. Dafür spricht schon die Stellung des Titels *de tigno juncto* zwischen Titeln, welche den Diebstahl behandeln; dann aber wird auch ausdrücklich in der l. 2. h. t. gesagt: tigni *furtivi* nomine actum, vgl. auch l. 1. h. t. *(„tignum furtivum")*, und geradezu spricht die l. 63. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1) die a. de tigno juncto ab, wenn das tignum nicht furtivum sei, verb.: „sed in hoc solum agi potest, ut sola vindicatio soluta re competat mulieri, *non in duplum ex lege XII tabularum; neque*

enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est". *Cujac.*, obss. XXIII. 19, *Huschke* l. c. p. 6 sqq. Wenn übrigens der Letztre annimmt, daß zwar allerdings im Justinianischen Rechte die Furtivität als Erforderniß anerkannt sei, daß aber unter den römischen Juristen zwei verschiedene Theorien geherrscht hätten, die eine, besonders von Ulpian (l. 1. u. 2. h. t.) vertheidigte, wornach die Furtivität der tigna vorausgesetzt werde, und die andre, namentlich von Gaius (l. 7. §. 10. de acqu. rer. dom. 41. 1.) und von Paulus (l. 23. §. 6. de R. V. 6. 1, l. 6. ad exhibend. 10. 4, l. 98. §. ult. de solut. 46. 3) adoptirte, wornach nur fremde, nicht gerade gestolne tigna supponirt würden, und wenn er dann weiter behauptet, daß dieser Streit die wesentlichsten Verschiedenheiten in Betreff der ganzen Theorie der Klage zur Folge gehabt habe: so kann ich mich von der Richtigkeit dieser Ansicht nicht überzeugen. Alle jene Stellen nämlich, in denen Huschke Spuren einer abweichenden Theorie erkennen will, lassen sich, wie er selbst mit Recht andeutet (l. c. p. 16. not. 26), mit der Annahme, daß die Furtivität ein Requisit der Klage sei, ganz wohl vereinigen, und schon deßhalb dürfte seine Vermuthung, daß ein prinzipieller Streit unter den römischen Juristen vorhanden gewesen sei, sehr bedenklich erscheinen; und dieses Bedenken steigert sich noch gar sehr, wenn wir finden, daß gerade Paulus, welchen Huschke als den Hauptvertheidiger der entgegengesetzten Lehre betrachtet, am Schärfsten und Bestimmtesten die Furtivität als ein Erforderniß der actio de tigno juncto hinstellt, vgl. die vorher abgedr. l. 63. de donat. int. vir. et uxor., denn daß Paulus dies ursprünglich nur als eine fremde Meinung ausgesprochen habe, und erst die Kompilatoren sie dem Paulus selbst angedichtet hätten, ist doch eine gar zu kühne Hypothese; vgl. auch Puchta a. a. O. (welcher aber in seiner Bekämpfung der Konjekturen von Huschke, wieder in den Fehler der meisten Früheren fällt, indem er die Furtivität gar nicht als Erforderniß der Klage anerkennen will). — Ist nun aber das verbaute Material gestohlen, so geht die a. de tigno juncto nicht nur gegen den Dieb selbst, sondern auch gegen einen bonae fidei possessor, aber freilich mit wesentlichen Unterschieden. Denn im ersteren Falle konkurrirt damit auch kumulativ die *actio ad exhibendum*, nicht zwar gegen ihn quasi possidentem, denn die Herausgabe des tignum kann ja nicht gefordert werden, sondern ita, quasi dolo malo fecerit, quo minus possideat, und sie geht auf Prästation alles Interesses, l. 1. §. 2. h. t., l. 23. §. 6. de R. V., und eben so kann in diesem ersten Falle, auch wenn schon der Kläger mit der a. de tigno juncto das Doppelte erlangt hat, doch noch nach geschehener Trennung das tignum vindizirt werden, l. 2. h. t. Gerade umgekehrt aber verhält es sich im zweiten Falle, denn hier kann weder die actio ad exhibendum angestellt werden, noch auch findet, wenn einmal das Doppelte geleistet ist, die rei vindicatio nach geschehener Trennung Statt, §. 29. J. cit. — Ist das verbaute fremde Material nicht gestohlen, so fällt nach dem oben Bemerkten die actio de tigno juncto hinweg, und da auch die actio ad exhibendum und die rei vindicatio unanwendbar sind, so würde es der Strenge nach, bevor die Trennung erfolgt ist, an aller und jeder Klage fehlen, aber es ist wohl kaum zu bezweifeln, daß doch in diesem Falle dem Eigenthümer eine actio in factum auf Entschädigung eingeräumt werden muß, arg. l. 23.

§. 5. de R. V. („ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est“); siehe jedoch auch *Huschke* l. c. p. 14. not. 24.

d) In Betreff der Dauer (s. g. dominium revocabile). §. 301.

Anm. — I. Ein der Dauer nach beschränktes Eigenthum, ein dominium revocabile im wahren Sinne des Worts, ist nur dann vorhanden, wenn zwar zunächst wahres volles Eigenthum begründet ist, es aber schon jetzt feststeht, daß dasselbe dann, wenn später gewisse Umstände eintreten sollten, von selbst, also unabhängig von dem Willen des zeitigen Eigenthümers, von demselben abfällt und einem Andren erworben wird. Hiernach müssen aber zwei Fälle, die man oft auch zu den Fällen des widerruflichen Eigenthums zählt, scharf von demselben geschieden werden:

1) Wenn ein Eigenthümer sich bei dem Eigenthums-Erwerb obligatorisch verpflichtet hat, das Eigenthum unter Voraussetzung gewisser Umstände wieder zurück zu übertragen. Augenscheinlich ist in diesem Falle, in welchem man früher häufig von einem dominium revocabile ex nunc sprach, von einer wahren Eigenthums-Beschränkung schlechthin keine Rede, sondern es ist, ungeachtet der obligatio ad retradendum, in Wahrheit ein dominium irrevocabile vorhanden. Eine wichtige Folge und zugleich ein schlagender Beweis ist der anerkannte Satz, daß dann, wenn der zeitige Eigenthümer mit Hintansetzung seiner obligatorischen Verpflichtung die Sache an einen Dritten veräußert, oder mit dinglichen Lasten beschwert, diese Dispositionen vollkommen wirksam bleiben, auch wenn die Voraussetzung der Retraditions-Pflicht eingetreten ist, und folglich derjenige, welcher die Retradition fordern kann, blos Entschädigungs-Ansprüche gegen den wortbrüchigen Schuldner geltend machen kann.

2) Es gibt Fälle, in denen zwar äußerlich ein alsbaldiger Eigenthums-Erwerb begründet erscheint, in denen es aber in Wahrheit erst noch von dem Eintritt oder Nichteintritt eines jetzt noch ungewissen Umstands abhängt, ob auch wirklich Eigenthum erworben ist oder nicht. Vor dieser Entscheidung ist juristisch ein Zustand der Schwebe vorhanden; tritt die Entscheidung ein, so ist es jetzt gewiß geworden, entweder, daß von Anfang an wirkliches volles Eigenthum erworben, oder daß von Anfang an gar kein Eigenthum begründet war, vgl. l. 15. de reb. dub. (34, 5), l. 98. §. 3. de solut. (46, 3). Da, wenn das Letztre eintritt, sich dies äußerlich als eine Eigenthums-Erlöschung herausstellt, so pflegt man auch in solchen Fällen von einem der Dauer nach beschränkten, von einem widerruflichen Eigenthum zu reden (s. g. dominium revocabile ex tunc), aber es leuchtet ein, daß dieses nicht genau ist; denn mit dem Eintritt jenes späteren Umstandes wird ja nicht ein wirklich vorhandenes Eigenthum aufgehoben, sondern es kommt jetzt nur zu Tage, daß von Anfang an kein Eigenthum vorhanden gewesen ist. Solch' schwebendes Eigenthum kommt z. B. in folgenden Fällen vor:

a) Wenn ein Haussohn ein kastrensisches Pekulium erwirbt, so erscheint er im klassischen Rechte zwar zunächst als Eigenthümer, und wenn er mit Testaments-Erben verstirbt, so ist er auch wirklich Eigenthümer vom Augenblick des Erwerbes an geworden; stirbt er aber intestato, so ist es nun gewiß geworden, daß er niemals, sondern daß der Vater von Anfang an Eigenthümer gewesen ist, l. 9. de castr. pec. (49, 17):

„Sed quum nihil de peculio decernit filius, non nunc obvenisse patri, sed non esse ab eo profectum videtur",

l. 98. §. 3. de solut. (46, 3):

„utique cujus fuerit, eventus declarat".

Da im neuesten Justinianischen Rechte auch bei dem kastrensischen Pekulium das gewöhnliche Intestaterbrecht Platz greift, so ist damit jener Zustand der Schwebe von selbst hinweggefallen.

b) Bei dem Nießbrauche an einer Heerde fallen zwar die Thierjungen in das Eigenthum des Nutznießers; wenn derselbe aber einzelne Stücke des Nachwuchses, zur Ergänzung abgängiger Thiere, in die Heerde einverleibt — und zu einer solchen Ergänzung ist er verpflichtet —, so ist es jetzt gewiß geworden, daß diese Jungen niemals in seinem, sondern von Anfang an im Eigenthum des Heerde-Eigenthümers gewesen sind, l. 70. §. 1. de usufr. (7, 1):

„Et Julianus libr. XXXV. Dig. scribit, pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii, quae sententia vera est",

vgl. auch l. 12. §. 5. fin. eod. Ob Pomponius in l. 69. eod. verb.: „nam alioquin quod nascitur, fructuarii est, et quum substituit, *desinit ejus esse*", sich nur ungenau ausdrückt, oder ob er wirklich einen Eigenthums-Wechsel statuirt, mag dahin gestellt bleiben; im Sinne des Justinianischen Rechts muß gewiß das Erstre angenommen werden.

c) Wenn ein Sklave, welcher im Nießbrauch eines Dritten ist, eine Sache unter Abschluß eines Kreditvertrags käuflich erworben hat, so ist es zunächst noch in der Schwebe, wer der Eigenthümer dieser Sache geworden ist, ob der Proprietar oder der Nießbraucher des Sklaven. Aus wessen Vermögen nachher der Kaufpreis entnommen wird, der ist der wahre Eigenthümer der erkauften Sache geworden, und zwar wird er nicht etwa erst jetzt Eigenthümer, sondern jetzt ist es gewiß geworden, daß er es gleich von Anfang an geworden ist, l. 43. §. 12. de acqu. rer. dom. (41, 1), vgl. l. 12. §. 5. fin., l. 25. §. 1. de usufr. (7, 1):

d) Hierher gehört auch das unbedingte Eigenthums-Vermächtniß, l. 86. §. 2. de legat. I.

„si legatararius repulerit a se legatum, nunquam ejus fuisse videbitur, si non repulerit, ex die aditae hereditatis intelligetur".

e) Dieselbe Erscheinung kommt vor bei der dominii impetratio, l. 63. §. 4. de acqu. rer. dom. (vgl. unten §. 387. Anm.), und in andren Fällen mehr, vgl. überhaupt Fitting, über den Begriff der Rückziehung. Erl. 1856. S. 7 fgg.

II. Ein in Wahrheit der Dauer nach beschränktes Eigenthum, ein widerrufliches Eigenthum im echten Sinne des Worts — wobei der spätere Abfall

des Eigenthums als eine rechtliche Qualität der Sache, und zwar als eine von der Willkür des zeitigen Eigenthümers unabhängige Qualität erscheint — kommt hauptsächlich in folgenden Fällen vor:

1) wenn Eigenthum unter einer suspensiven oder unter einer resolutiven Bedingung übertragen wird; im erstren Falle hat der Tradent, im zweiten der Erwerber ein wahres **dominium revocabile**, vgl. §. 95. Anm. S. 145 fgg. §. 96. Anm. S. 149 fgg.

2) Dasselbe kommt vor bei einem Eigenthums=Vermächtniß unter einer suspensiven oder unter einer resolutiven Bedingung, indem im erstren Falle der Erbe, im zweiten der Legatar ein widerrufliches Eigenthum hat, vgl. z. B. l. 12. §. 5. de usufr. (7, 1), l. 1. §. 4. de SC. Silan. (29, 5) u. a. m. Eine interessante Anwendung hiervon findet sich auch bei den **statu liberi**, an denen der Erbe während schwebender Bedingung ein widerrufliches Eigenthum hat, denn daß hier nicht ein Fall schwebenden Eigenthums begründet ist, geht mit Evidenz daraus hervor, daß das von einer **statu libera** geborne Kind nicht etwa mit dem Eintritt der Bedingung als frei geboren erscheint, sondern Sklave des Erben bleibt, l. 16. de statu liber. (40, 7), l. 15. 16. de statu homin. (1, 5); vgl. auch l. 1. C. an servus ex suo facto (4, 14).

3) Auch wenn Eigenthum *ex die* oder *in diem* tradirt oder legirt wird, ist ein wahres **dominium revocabile** begründet. Nur das Besondre kommt hierbei noch vor, daß hier mit der objektiven Eigenthums=Beschränkung schon gleich von Anfang an ein festes Recht auf den künftigen Anfall und bzw. Rückfall des Eigenthums zusammentrifft, was z. B. in Betreff der **dies legati cedens** von Wichtigkeit wird, aber auch noch in andrer Beziehung praktische Folgen herbeiführt, s. unten Nr. III. a. E. — Wenn man nicht selten bei betagter Eigenthums=Uebertragung alle dingliche Wirkung in Abrede stellt, vgl. z. B. Girtanner in Jhering's Jahrbb. III. S. 88 fgg., und s. auch Böcking, Pand. II. §. 156 f., so fehlt es meiner Ansicht nach einer solchen Behauptung an äußern und an innern Gründen; s. auch Unger, Syst. II. §. 83. Not. 7, Fitting in Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsr. II. S. 259 fg. Anm. 91.

4) Wenn eine fruchttragende Sache im Nießbrauche Jemandes ist, und Separation und Perzeption der Früchte fallen nicht in einen Zeitpunkt zusammen, so hat der Eigenthümer bis zum Augenblick der Perzeption ein revokabeles Eigenthum an den Früchten, l. 12. §. 5. de usufr. (7, 1). Der Widerspruch von Scheurl, krit. Ueberschau V. S. 31 fg. ist doch wohl unbegründet, denn daß hier wirklich eine dingliche Eigenthums=Beschränkung vorliegt, wird durch die Gleichstellung dieses Falls mit dem des bedingten Vermächtnisses in l. 12. §. 5. cit. mit Bestimmtheit anerkannt, und darnach wird also z. B. ein vom Eigenthümer bestelltes Generalpfand zwar auch die separirten Früchte ergreifen, aber mit der Perzeption derselben von Seiten des Usufruktuars auch **ipso jure** wieder erlöschen, während sich dies begreiflich nach Scheurl's Ansicht anders verhalten müßte.

5) Hierher gehört auch das Eigenthum eines überlebenden Ehegatten an den **lucra nuptialia**, indem dasselbe im Falle einer Wiederverheirathung von selbst an die Kinder aus früherer Ehe übergeht. Nov. 22. c. 24. 26; s. oben §. 227. Anm.

III. Das wirklich objektiv beschränkte Eigenthum unterscheidet sich von den Fällen, in denen eine blos obligatorische Verpflichtung zur Weg= oder Rückgabe des Eigenthums begründet ist, so scharf, daß eine besondre Erörterung darüber überflüssig erscheint. Dagegen ist das schwebende Eigenthum (Nr. I. 2) sehr häufig mit dem widerruflichen (Nr. II.) zusammen geworfen worden, und es ist ein sehr anerkennenswerthes Verdienst von Fitting, über den Begriff der Rückziehung. Erl. 1856. bes. S. 62 fgg., die wesentlichen Unterschiede zwischen beiden im Begriff und in den praktischen Konsequenzen scharf hervorgehoben zu haben, vgl. auch Scheurl in der krit. Ueberschau. V. S. 24 fgg. und Pagenstecher, Eigenth. II. S. 368 fgg. In dieser Beziehung mögen noch folgende Punkte hier berührt werden:

1) Beide, das schwebende und das widerrufliche Eigenthum kommen darin überein, daß Veräußerungen oder Belastungen mit **jura in re**, die von dem Zwischeneigenthümer ausgegangen sind, mit dem Eintritt des entscheidenden Umstandes **ipso jure** unwirksam werden; dort, weil es jetzt rückwärts gewiß geworden ist, daß ein Nichteigenthümer sie gemacht hat, hier, **quia nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet**, oder, was auf Eines hinausläuft, **quia resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum.** Dort erscheinen jetzt jene rechtlichen Dispositionen, als wären sie nie da gewesen (vgl. z. B. **l. 15. de reb. dub. „traditio *nulla est*");** hier dagegen fallen sie jetzt nur zusammen (vgl. z. B. **l. 11. §. 1. quemadm. serv. am. 8. 6. „servitutes *extinguentur*", l. 13. §. 1. de pignor. 20. 1. „*evanescit* pignus", l. 105. f. de condit. 35. 1. „servitus *finietur*"** u. s. w.).

2) Wenn vor Eintritt des entscheidenden Umstands die Sache etwa gestolen oder beschädigt wird, so kann im Falle schwebenden Eigenthums während dauernder Ungewißheit Keiner der beiden alternativen Eigenthümer als klagberechtigt angesehen werden, **l. 12. §. 5. de usufr.:**

„Quum in pendenti est dominium, — — — dicendum est, *condictionem pendere*",

vgl. **l. 43. §. 10. de aed. ed. (21, 2): „nam, dum incertum est, ex cujus re pretium solvat, pendet, cui sit acquisitum, *et ideo neutri eorum redhibitoria competit*",** während nach Eintritt der Entscheidung derjenige als von Anfang an klagberechtigt erscheint, zu dessen Gunsten dieselbe ausgefallen ist, **l. 13. §. 3, l. 17. §. 1, l. 34—36 pr. ad leg. Aquil. (9, 2).** Im Falle widerruflichen Eigenthums ist das Klagerecht ausschließlich in der Person des Zwischeneigenthümers begründet, **l. 12. §. 5. cit. „verum est enim, condictionem competere proprietario".**

3) Im Falle schwebenden Eigenthums wird nach eingetretener Entscheidung die inzwischen vorgekommene **confusio** rückwärts wieder aufgehoben, oder richtiger, es wird jetzt gewiß, daß in Wahrheit niemals eine **confusio** vorgekommen ist, **l. 57. pr. de usufr. (7, 1), l. 38. §. 1. de legat. I.,** während sich dies im Falle widerruflichen Eigenthums umgekehrt verhält, **l. 17. quib. mod. ususfr. (7, 4), l. 6. de manum. test. (40, 4).**

4) Accessionen (Schatz, **partus ancillae** u. dgl.) fallen bei schwebendem Eigenthum demjenigen zu, zu dessen Gunsten die Entscheidung ausfällt, vgl.

l. 63. §. 4. de acqu. rer. dom. (41, 1), während sie bei revokabelem Eigenthum dem Zwischeneigenthümer verbleiben, l. 3. §. 16, l. 16. de statu liber. (40, 7), l. 15. 16. de statu homin. (1, 5).

5) Wenn derjenige, welcher beim Eintritt des entscheidenden Umstandes als der Berechtigte erscheint, zwar im Augenblick der Entscheidung sui juris ist, zur Zeit der Begründung des Rechtsverhältnisses aber in fremder Gewalt stand, so ist im Falle schwebenden Eigenthums nicht er, sondern sein Gewalthaber der wahre Eigenthümer, vgl. l. 78. pr. de V. O., l. ult. de stipul. servor. (45, 3), l. 18. de R. J., während im Falle revokabeln Eigenthums der Regel nach er selbst das Eigenthum erwirbt, vgl. l. 5. §. 7, l. 14. §. 3. quando dies legator. (36, 2), l. 11. §. 2. sqq. de donat. inter vir. et ux. (24, 1). Doch ist allerdings dieses Letztre nicht ausnahmslos, denn wenn die Abfälligkeit nicht blos eine objektive Qualität der Sache ist, sondern wenn schon von Anfang an ein festes Recht des Erwerbers auf diese Abfälligkeit begründet ist, wie in den Fällen einer betagten Eigenthums-Uebertragung oder eines betagten Legats, so kommt der Eigenthumserwerb dem Gewalthaber zu Gute, vgl. l. 9. §. 2. usufruct. quemadm. cav. (7, 9) vgl. mit l. 18. de R. J., l. 5. §. 7. quando dies legat. (36, 2).

Vgl. überhaupt Fitting a. a. O. S. 64 fgg.

e) S. g. dominium divisum. §. 302.

Anm. Die Eintheilung in dominium *directum* und *utile* kommt schon bei den Glossatoren und ihren nächsten Nachfolgern vor, und zwar hier in dem Sinn, daß das Recht, welches nur mit einer vindicatio *utilis* verfolgt würde, den Namen dominium utile trägt. Dabei aber unterschied man zwei Arten, nämlich ein wirklich vollkommenes Eigenthum, welches nur in der Form der Klage von dem vollen dominium directum verschieden sei, und dahin rechnete man Fälle, in denen ehedem nur das in bonis entstand, wie z. B. das durch Präskription, bonorum possessio, immissio ex secundo decreto und dgl. erworbene Eigenthum, und außerdem noch einige andere, z. B. das Eigenthum des Mündels und Soldaten an den mit ihrem Gelde erkauften Sachen. Als zweite Hauptspezies dieses dominium utile nahm man aber dann auch noch das konkurrirende unvollkommene Eigenthum des Emphyteuta, Superfiziar und Vasallen an, weil auch bei diesen vindicationes utiles vorkämen. Vgl. *Gloss.* ad l. 1. de bon. poss., l. 15. §. 16. de damn. inf., l. 1. si ager. vectig., l. 2. fin. de superficieb., l. 3. de usurp. et usucap., l. 1. C. de thesaur., und bes. noch *Alciat.* in seinem Kommentar ad tit. de adquir. v. am. poss. ad leg. 17. — Späterhin behielt man nun zwar den von den Glossatoren erfundenen Namen bei, verband aber damit einen ganz anderen Sinn. Man dachte nämlich bei dem dominium utile nicht mehr an eine vindicatio utilis, sondern man übertrug es mit: nutzbares Eigenthum, und verstand darunter ein Eigenthum, dessen Inhaber einige Proprietäts- und alle Nutzungs-Rechte habe, in dessen Gegensatz dominium directum dasjenige Eigenthum sei, mit welchem die übrigen Proprietäts-Rechte verknüpft seien. Damit war denn von

selbst die erste von den Glossatoren angenommene Spezies des dominium utile hinweggefallen, und nur noch bei dem Emphyteuta, dem Superfiziar und vorzugsweise dem Vasallen wurde ein solches angenommen, und namentlich bei dem Letzteren von den bei Weitem Meisten bis auf den heutigen Tag beibehalten. Bei den Ersteren wird aber jetzt diese Annahme ziemlich allgemein verworfen, besonders auf die Auktorität von Thibaut, Versuche II. Nr. 3, und in der That kann man auch nicht umhin, überall, wo ein s. g. dominium utile angenommen wurde —, den Vasallen nicht ausgenommen —, nur ein jus in re aliena anzunehmen. Bei der Annahme eines dominium divisum ging man nämlich leicht ersichtlich von dem Gedanken aus, die essentiellen Merkmale des Eigenthums seien in den einzelnen s. g. Proprietätsrechten, im Gegensatze des jus utendi fruendi, und zwar insbesondere in dem Rechte über die Substanz der Sache zu verfügen, enthalten. Fand man nun Verhältnisse, in denen diese Rechte auf Mehrere vertheilt vorkommen, so schien es natürlich, auch ein getheiltes Eigenthumsrecht anzunehmen. Setzt man aber statt jenes gewiß fehlerhaften Begriffs von Eigenthum den oben entwickelten richtigern, so fällt von selbst die Annahme eines s. g. dominium divisum mit seinen beiden Unterarten zusammen. Allerdings zwar haben die Inhaber des s. g. dominium utile höchst ausgedehnte Befugnisse an den ihnen verliehenen Gütern, Befugnisse, die sie fast dem Eigenthümer gleichstellen; aber doch fehlt ihrem Rechte jene natürliche Unbeschränktheit, die allein das Charakteristische des Eigenthumsrechts ausmacht. Sie haben viele, ja die meisten Rechte eines Eigenthümers, aber nicht alle, und sie können auch nicht zu dieser Totalität gelangen, ohne daß ihr Recht in ein wesentlich anderes umschlägt. Offenbar sind daher ihre Rechte durchaus nur jura in re aliena, und nur der *dominus* emphyteuseos, superficiei und feudi kann als wirklicher Eigenthümer betrachtet werden. — Man glaube aber ja nicht, daß es sich hier nur um eine unschädliche Terminologie handle; denn, um nur eine praktische wichtige Folge anzuführen, wenn man dem Emphyteuta, Vasallen u. s. w. ein dominium utile zuschreibt, so muß man ihm auch konsequent einen Anspruch auf den Schatz, die insula nata u. dgl. zugestehen, was sich aber ganz anders verhält, wenn man dieselben nur als Inhaber eines jus in re aliena betrachtet. Vgl. auch Duncker, „über domin. direct. und utile“ in der Zeitschr. für deutsches Recht. II. S. 177 fgg.

D. Besondere Arten des Eigenthums.

1) Fingirtes Eigenthum (bonae fidei possessio). §. 303.

Tigerström, die bonae fidei possessio oder das Recht des Besitzes. Berlin 1836 (in der ersten Hälfte), und bes. Ihering, Abhandl. aus dem röm. Rechte. S. 91 fgg. („der Parallelismus zwischen dem wirklichen und putativen Eigenthum“).

1) *Gai.* IV. 36: Datur actio [Publiciana] ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa

possessione petit, nam quia non potest eam ex jure Quiritium suam esse intendere, *fingitur rem usucepisse*, et ita *quasi ex jure Quiritium dominus factus esset*, intendit hoc modo rel.

2) *Paul.* 136. de R. J.: Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est.

2) Miteigenthum. §. 304.

Vgl. Gesterding, vom Eigenth. S. 39 fgg., Schmid a. a. O. S. 3 fgg., Wirth, Beiträge zur Systematik. S. 43 fgg., Pagenstecher a. a. O. S. 23 fgg., Girtanner in Jhering's Jahrbb. III. S. 239 fgg.; vgl. K. A. Schneider in Sell's Jahrb. I. S. 391 fgg., Hufnagel, Mittheil. II. S. 112 fgg., und s. auch oben §. 54. Anm. — Ueber gemeinschaftliche Mauern insbesondere vgl. Ruete, die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern. Bremen 1843, Elvers, Servit. S. 420 fgg.

II. Vom Erwerb des Eigenthums.

Inst. II. 1. de [rerum divisione et] adquirendo ipsarum dominio; Dig. XLI. 1. de adquirendo rerum dominio. — Gai. II. §. 1—97; Ulp. tit. XIX. — Westphal a. a. O. S. 281 fgg., Gesterding a. a. O. S. 61 fgg., *Haenel*, de adquirendo rer. dominio diss. jur. civ. Lips. 1817. 4. (übersetzt in Barth's Samml. auserlesener Dissert. Bd. III. S. 330 fgg.), Pagenstecher II. S. 1 fgg.

Einleitung.

1) Allgemeine Erfordernisse des Eigenthums-Erwerbs. §. 305.

Anm. Ueber die früherhin sehr gewöhnliche, aber gewiß unhaltbare Unterscheidung von titulus und modus acquirendi vgl. Hugo, civ Mag. I. 11. IV. 6, Thibaut, Versuche I. 11, Schöman, Handb. II. 7, Seuffert, Erörtt. II. 3, *Haenel* l. c. §. 2. 3, Fritz, Erläutr. 249 fgg.

2) Von der römischen Eintheilung in adquisitiones juris civilis und juris gentium. §. 306.

Anm. Ob auch ein Unterschied in den Wirkungen bestanden habe, darüber herrscht noch h. z. T. viel Streit, vgl. Unterholzner, Rhein. Mus. I.

S. 132 fgg., Puggé das. II. S. 298 fgg., Zimmern das. III. S. 318 fgg., S. 348 fgg., Puchta, Erl. Jahrb. IV. S. 133 fgg., Mayer in der Tübinger Zeitschr. IV. S. 69 fgg. und der Zeitschrift für gesch. Rw. VIII. S. 49 fgg., Schilling, Bemerkungen über röm. Rg. S. 58 fgg., *Scheurl,* num jur. gent. acquisitionibus dominium civile Romanor. effectum sit. Erl. 1836, Puchta, Kurs. der Institut. II. §. 236. S. 588 fgg., Bluntschli in Sell's Jahrb. I. 7, Leist, bonor. poss. I. S. 311 fgg., Boecking, Pand. II. §. 135. S. 16 fgg., Pagenstecher II. S. 8 fgg. Vgl. auch Leist a. a. O. S. 62 fgg.

3) Ausscheidung der hier nicht besonders zu behandelnden, und Klassifikation der an diesem Ort ausführlicher zu besprechenden Erwerbarten. §. 307.

Anm. Eine Darstellung der vorzüglichsten Klassifikationen in den verschiedenen Zeiten findet sich bei *Haenel* §. 4 fgg., wozu freilich noch viele Nachträge aus den neueren Lehrbüchern und Grundrissen gemacht werden können; vgl. auch Leist a. a. O. S. 66 fgg.

A. Vom Erwerb des Eigenthums durch Vermittelung des Besitzes.

1) Von der Okkupation.

a) Im Allgemeinen. §. 308.

Westphal S. 289 fgg., Gesterding S. 68 fgg., Schmid S. 51 fgg., Sell S. 77 fgg., Pagenstecher II. S. 57 fgg. Vgl. auch Leist S. 73 fgg. bes. S. 98 fgg. und über eine spezielle Frage: Schütze („vom Eigenthumserwerb am Wildergut") in Bekker's Jahrb. VI. S. 61 fgg.

1) *Gai.* l. 3. pr. de adquir. dom.: Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. §. 1. Nec interest, quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno. Plane qui alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, jure prohiberi, ne ingrederetur.

2) *Procul.* l. 55. de acqu. dom.: In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit; quum eo haereret, exemtum eum abstuli, num tibi videor tuum aprum abstulisse, et si tuum

putas fuisse, si solutum eum in silvam dimisissem, eo casu tuus esse desiisset, an maneret? et quam actionem mecum haberes, si desiisset tuus esse, num in factum dari oporteret, quaero? Respondit, laqueum, videamus, ne intersit, in publico, an in privato posuerim, et si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et si in alieno, utrum permissu ejus, cujus fundus erat, an non permissu ejus posuerim; praeterea, utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuisset. Summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit, sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo facto meus esse desiisset, et actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, quum quidam poculum alterius ex nave ejecisset. — Schütze a. a. O. S. 75. Note 26. meint, diese Schlußworte enthielten eine „recht traurige Analogie" und macht deßhalb den allerdings recht lustigen Vorschlag, Statt *poculum* zu lesen *porculum* („ein Meerschweinchen, ein Fisch")!!

b) Von einigen ausgezeichneten Arten der Okkupation insbesondere.

α) Vom Finden des Schatzes. §. 309.

Cod. X. 15. de thesauris; Cod. Theod. X. 18. de thesaur. — Westphal S. 304 fgg., Gesterding S. 93 fgg., Schmid S. 63 fgg., Sell S. 84 fgg., Pagenstecher II. S. 81 fgg. — Köchy, zivilistische Erörtr. I. Nr. 7, *Ortloff*, comment. jur. Rom. de thesaur. Erl. 1818, Sell, über das Finden der in beweglichen Gegenständen befindlichen Sachen, in dessen Versuchen Th. I. Abh. 3, und: auf welche Weise erwirbt der Finder ein Recht an der gefundenen Sache, namentlich an dem Schatz, und welches Recht erlangt er an derselben? das. Abh. 4.

1) *Paul.* l. 31. §. 1. de adqu. dom.: Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat, sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit; alioquin si quis aliquid vel lucri causa, vel metus, vel custodiae condiderit sub terra, non est thesaurus, cujus etiam furtum fit.

2) §. 39. J. de rer. divis.: Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus, naturalem secutus aequitatem,

ei concessit, qui invenerit, idemque statuit, si quid in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuitu invenerit, dimidium inventori, dimidium domino soli concessit, et convenienter, si quid in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit, cui conveniens est, ut si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis. — In Betreff des locus religiosus (nicht auch des loc. sacer) derogirt dieser Stelle l. 3. §. 10. de jure fisc. (49, 14) [*Callistrat.*]: Si in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut in monumentis thesauri reperti fuerint, Divi fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur. Cf. *Ortloff* cit. p. 25 sqq., *Schrader* ad Inst. l. c., Sell S. 89; a. M. Pagenstecher II. S. 91 fgg.

β) Von der Spezifikation. §. 310.

Westphal S. 369 fgg., Gesterding S. 255 fgg., *Haenel* cit. p. 50 sqq., Schmid S. 167 fgg., Sell S. 96 fgg., Pagenstecher II. S. 113 fgg., Leist S. 119 fgg. bes. S. 162 fgg. — *Koch*, de jure ejus, qui speciem ex al. mat. fecit. Marb. 1829, Roßhirt in seiner Zeitschr. III. S. 259 fgg., Meykow, die Lehre des röm. Rechts von dem Eigenthumserwerb durch Spezifikation; in Osenbrüggen's Dorpat. jurist. Studien S. 149 fgg.

§. 25. J. de rer. div.: Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiae dominus fuerit? — — Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit, si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. — — Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena materia speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, quum non solum operam suam dedit, sed et partem ejus materiae praestavit.

Anm. Unter Spezifikation wird im Allgemeinen der Akt verstanden, vermittelst dessen Jemand eine fremde Sache in eine neue Form bringt. Während hierbei die Prokulianer ganz allgemein den Gesichtspunkt der Okkupation auffaßten, indem sie nämlich annahmen, durch jede Form-Veränderung gehe die alte Sache unter, und es entstehe eine ganz neue, nahmen die Sabinianer hier eine Art der Accession an, indem sie nämlich die neue Form nur als etwas dem Stoffe, als der Hauptsache Hinzutretendes betrachteten, und daher das Ganze dem früheren Eigenthümer zuschrieben, *Gai.* II. 79, l. 7. §. 7. de adqu. dom. Aber schon frühe hatte sich eine vermittelnde Meinung gebildet, wornach darauf gesehen werden soll, ob die neue Spezies wieder in die alte Gestalt zurückgebracht werden könne, oder nicht, und außer *Gaius* in l. 7. cit. kommen als bestimmte Vertheidiger derselben auch noch vor Callistratus in l. 12. §. 1. de adqu. dom., Paulus in l. 24. eod. (wo offenbar das non vor reverti possunt auszustreichen ist) und Ulpian in l. 5. §. 1. de R. V. (6, 1). Diese Mittelmeinung wurde auch von Justinian in §. 25. J. de rer. div. sanktionirt, und es kommt also jetzt die Spezifikation als neuer Eigenthums-Erwerb nur dann vor, wenn eine Zurückführung in die alte Gestalt nicht mehr möglich ist, und in diesem Falle ist sie eine Spezies der Okkupation, „quia, quod factum est, antea nullius fuerat", l. 7. §. 7. cit.; vgl. auch l. 9. §. 3. ad exhib. (10, 4): „nam mutata forma prope interimit substantiam rei". Wenn jetzt Manche es als ein „entschiedenes Mißverständniß" ansehen, bei der Spezif. den Gesichtspunkt der Okkupation anzunehmen, und dafür den der „Erzeugung" oder „Erarbeitung" substituiren, und demgemäß die Spezif. mit dem Fruchterwerb zusammenstellen, vgl. bes. Scheurl, Beitr. I. Nr. 11. S. 283 fgg. und Leist a. a. O., und s. auch Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 146 fgg. 295, Arndts, Lehrb. 3. Aufl. §. 155, Pagenstecher a. a. O., Windscheid, Lehrbuch §. 187, so kann man wohl zugeben, daß diese Auffassung den Römern nicht ganz fremd war (vgl. §. 25. J. cit. „quum non solum *operam suam dedit*" rel.), aber der eigentliche Rechtsgrund für den Erwerb wurde doch, wie die vorher angeführten Stellen m. E. „entschieden" beweisen, wesentlich nur darin gefunden, daß durch die Umformung eine ganz neue, vorher noch nicht dagewesene Sache zur Entstehung kommt. Und wie hätte denn auch, wenn man die Erarbeitung als das leitende Prinzip angesehen hätte, jene mittlere Meinung zur Herrschaft gelangen können? Nach diesem Prinzip würde doch der, welcher aus meinem Metall ein kunstvolles Gefäß mühsam bildet, mindestens eben so viel Recht in Anspruch nehmen können, wie derjenige, der aus meinen Trauben Wein keltert, oder aus meinem Korne Spiritus brennt! — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß zum Begriff der Spezifikation wirklich eine Umbildung der Sache gehört, wie z. B. wenn Jemand aus meinen Trauben Wein gekeltert, aus meinem Getreide Mehl, aus meinem Holz ein Schiff gemacht hat, denn daß auch das letztere Beispiel hierher gehört, geht aus dem hier zu Grunde liegenden Prinzip und aus §. 25. J. cit. und l. 26. pr. de adq. dom. hervor, und die offenbar widerstreitende l. 61. de R. V. von dem Sabinianer Julian ist jeden Falls nur eine aus Unachtsamkeit der Kompilatoren in das corp. jur. gekommene Stelle, welche noch dem von Justinian verworfenenen Prinzip huldigt,

daß die neue Spezies immer dem **dominus materiae** zufalle. Uebrigens ist es ganz irrelevant, ob ein roher Stoff überhaupt erst gestaltet, oder ob ein schon verarbeiteter Stoff in eine neue Spezies umgewandelt wird, und nur das ist erforderlich, daß wirklich die Sache umgewandelt werde, also als eine neue erscheine. Die blose Zertheilung oder Zerstörung einer Sache gehört also freilich eben so wenig dahin, als etwa die Färbung, sollte auch die alte Farbe nicht wieder restituirt werden können, l. 26. §. 3. de adqu. dom., und als das blose Abstreifen einer Hülle, nach welcher letzteren Rücksicht also das blose Ausdreschen des Getreides gewiß nicht als Spezifikation angesehen werden kann, l. 7. §. 7. de adqu. dom. (Gai. libr. II. rer. cottidian.). Daß dieser Fall doch in den Institutionen als Spezifikation aufgeführt wird, rührt blos daher, daß man hier die Kommentarien des Gaius mechanisch abschrieb, Gai. II. 79, ohne zu bedenken, daß dieser selbst in seinen **res cottidianae** seine Meinung rektifizirt, und daß man diese Rektifikation in die Pandekten aufgenommen hatte. — Ueber alle diese Punkte ist man jetzt im Ganzen einig. Sehr bestritten aber ist es:

1) wie es sich verhalte, wenn der Spezifikant zum Theil eignen, zum Theil fremden Stoff genommen hat? Die Meisten nehmen in einem solchen Falle an, daß die neue Spezies stets dem Spezifikanten zufalle, ohne Rücksicht, ob sie sich in die alte Gestalt zurückführen lasse, oder nicht, und man beruft sich dafür auf die Schlußworte des §. 25. J. de rer. div., wo Justinian diesen Fall ohne alle Unterscheidung auf die angegebene Weise entscheide, *Bachov* ad §. 25. J. cit., Gesterding S. 262 fgg., *Haenel* §. 22 fin., Mühlenbruch §. 248, Thibaut §. 743, Wening §. 129, Schilling §. 159. Note g. Gegen diese Meinung spricht aber nicht nur die Natur der Sache, sondern auch mehrere klare Pandekten-Stellen, l. 5. §. 1. de R. V., l. 12. §. 1. de adqu. dom., und es ist daher doch wohl die Annahme richtiger, daß auch Justinian bei seiner Entscheidung nur den Fall vor Augen gehabt habe, wenn keine Zurückführung in die alte Form möglich ist, was denn auch durch die Beispiele, welche er wählt, vollkommen unterstützt wird, *Gloss.* ad §. 25. J. cit., *Hotom.* und *Vinn.* ad eund. loc., Westphal §. 461. a. E., *Koch* cit. p. 24 sqq., Schmid S. 170 fgg., Meykow S. 175 fgg., Sell S. 98 fgg.; vgl. auch die Lehr- und Handbb. von Schweppe §. 241, Puchta §. 163. Note b, Sintenis I. S. 488. Note 16, Arndts §. 155. Note 2.

2) Sehr bestritten ist es auch, ob **bona fides** zur Spezifikation erforderlich sei? Während früher die herrschende Meinung dies bejahte, und auch noch neuerlich diese Meinung in einer ausführlichen Abhandlung vertheidigt worden ist von Sell, Versuche I. S. 194 fgg., s. auch noch *Haenel* §. 25, Unterholzner, Verjährungsl. I. §. 70. Note 245, Scheurl cit. S. 285 fgg., Dernburg cit. S. 147, Arndts §. 155. Anm. 3, Windscheid §. 187. Note 3, erklärt sich jetzt die gemeine Ansicht dagegen, und nimmt gewiß mit Recht an, daß die **mala fides** dem Eigenthums-Erwerb nicht entgegenstehe, vgl. z. B. Gesterding S. 266 fgg., Seuffert, Erörtr. II. S. 18 fgg., *Koch* p. 28 sqq., Schmid S. 172 fgg., Meykow S. 167 fgg., Sell S. 101 fgg., Pagenstecher II. S. 118 fgg., Leist S. 169, und die Lehrbücher von Mühlenbruch, Thibaut, Schweppe und Wening an den angeff. Orten; vgl. auch

Schilling §. 159. Note h, Puchta, Kurs. II. §. 242. Note m, Lehrb. §. 154. Note h, Sintenis I. S. 487. Note 14, Böcking II. §. 154, Brinz §. 53. geg. E., wobei nur Manche, wie z. B. Sell, Boecking und Leist, m. E. ohne hinreichenden Grund, eine Ausnahme für den eigentlichen *fur* machen wollen. Für die erste Meinung beruft man sich vornämlich darauf, daß dem dominus materiae die condictio furtiva gegen denjenigen, welcher mala fide spezifizirt habe, gegeben werde, l. 13, l. 14. §. 3. de cond. furt. (13, 1], l. 4. §. 20. de usurp. (41, 3), l. 52. §. 14. de furt. (47, 2), und nun sage doch Ulpian ausdrücklich: in furtiva re soli domino condictio competit, l. 1. de cond. furt. Dieser Grund aber ist unhaltbar, denn die cond. furt. steht, wie eben derselbe Ulpian in einer anderen Stelle näher erläutert, dem dominus so lang zu, donec *domini facto* dominium ejus rei ab eo recedat, l. 10. §. 2. eod. — Allerdings bedeutender ist der Grund aus l. 12. §. 3. ad exhib. (10, 2), wo Paulus in einem solchen Falle dem dominus materiae die actio ad exhib. zuspricht, quia, quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est. Aber gerade diese letzteren allgemeinen Worte vernichten die Beweiskraft dieser Stelle, denn entweder geht Paulus hier von dem im Justinianischen Rechte verworfenen Prinzip der Sabinianer aus, und dann fällt die Stelle eben deßhalb für uns hinweg, oder diese Worte dürfen gar nicht wörtlich vom Eigenthumsrecht verstanden werden, sondern wollen nur sagen, daß uns auf dgl. Sachen ein mit einer Klage zu verfolgender Anspruch, nur nicht gerade Eigenthum, zustehe, und die letztere Auslegung möchte darum wohl vorzuziehen sein, weil Paulus in anderen Stellen dem Prinzip der Sabinianer nicht folgt, sondern der Mittelmeinung huldigt, vgl. oben. — Findet man nun aber, daß die gegen den Eigenthums-Erwerb vorgebrachten Gründe nicht beweisend sind, so muß man sich unbedingt der entgegengesetzten Meinung hingeben, da dieselbe mit dem Wesen der Spezifikation als einer Art der Okkupation allein verträglich ist, und da in den beiden Hauptstellen dieser Lehre, in §. 25. J. de rer. div. und in l. 7. §. 7. de adqu. dom. ohne alle Rücksicht auf bona und mala fides die Grundsätze über Spezifikation abgehandelt werden; vgl. auch l. 29. §. 1. de donat. int. v. et u. (25, 1): „Si vir uxori lanam donavit, et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait“.

3) Daß auch der, welcher bona fide spezifizirte, dem Eigenthümer des Stoffes zum Ersatz verpflichtet sei, wird von Vielen, z. B. auch noch von *Koch* p. 39 sqq. und Meykow S. 180 fgg., geleugnet, weil kein Gesetz dies vorgeschrieben habe. Das Letztere ist freilich wahr; aber wir haben das allgemeine Prinzip: neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem l. 206. de R. J., ein Prinzip, welches im Zweifel auch zu Klagen berechtigt, und hierfür läßt sich in unserem Falle noch besonders die Analogie der Grundsätze von der accessio anführen, vgl. l. 5. §. 3, l. 23. §. 5. de R. V., l. 4. §. 2. de R. C. (12, 1), und noch dringender spricht dafür die bekannte Bestimmung, daß der ehemalige bonae fidei possessor den Eigenthümer dann entschädigen muß, wenn dieser seine Sache nicht mehr vindiziren kann, vgl. auch Sell a. a. O. S. 89 fgg.

2) Von der Tradition. §. 311.

Westphal S. 377 fgg., Gesterding S. 120 fgg., Schmid S. 71 fgg., Pagenstecher II. S. 193 fgg. Vgl. auch Scheurl, Beiträge I. S. 190 fgg.

1) *Dioclet.* et *Maxim.* l. 20. C. de pact. (2, 3): Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

2) *Paul.* l. 31. de adqu. dom.: Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. — Cf. *Ulp.* XIX. 7. Warnkönig im ziv. Archiv VI. Abh. 4, Savigny, Obligat. II. S. 254 fgg., Bähr, Anerkennung S. 13 fgg., Strempel, über die justa causa bei der Tradition. Wism. 1856, Dernburg im ziv. Archiv XL. S. 1 fgg.

Anm. 1. Wie es sich verhalte, wenn die Tradition an einen Prokurator vor sich geht, und dieser für sich oder einen Dritten erwerben will, darüber vgl. oben §. 205. Anm. Da übrigens eine Tradition auch an eine persona incerta wirksam vorkommen kann, l. 9. §. 7. de adqu. dom., so kann es kaum Zweifel leiden, daß der Mandant durch die an seinen Prokurator geschehene Tradition auch dann unmittelbar Eigenthum erwerben kann, wenn der Tradent von diesem Mandanten gar keine Kunde hat; z. B. ich verkaufe und tradire eine Sache an den Titius, welcher, ohne daß ich es weiß, Prokurator des Sempronius ist, und für diesen erwerben will; hier wird Sempronius sogleich Eigenthümer, ohne daß es erst einer zweiten Tradition von Seiten des Titius bedarf, vgl. auch l. 1. §. 20. de acqu. poss. (41, 2). Die scheinbar entgegenstehende l. 59. de adqu. dom. („Res ex mandatu meo emta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit") ist schon an einem andren Orte erklärt worden, vgl. §. 205. Anm. S. überhaupt *Puchta*, de dominio rerum per procuratorem adquirendo. Lips. 1842, (kl. Schriften Nr. XXXII.), Ders. Pandekten §. 148 u. Vorles. ad h. l., Scheurl a. a. O. S. 205 fgg. Vgl. jedoch auch Jhering in seinen Jahrbb. I. S. 324 fgg. und Pagenstecher II. S. 204 fgg.

Anm. 2. Es ist h. z. T. bei Eigenthums-Uebertragung, namentlich in Folge von Kaufgeschäften, sehr gewöhnlich, das s. g. *pactum reservati dominii* hinzuzufügen, über dessen Natur man jedoch noch immer nicht einig ist. So viel scheint ausgemacht, daß es als die Beifügung entweder einer suspensiven oder einer resolutiven Bedingung anzusehen sei, und daß darnach dessen Wirksamkeit beurtheilt werden müsse, denn die früherhin freilich nicht ungewöhnliche, und auch noch im Ganzen von Schweppe vertheidigte Meinung, es werde dadurch nur eine spezielle Hypothek begründet, ist ganz offenbar irrig, und mit den Worten in grellem Widerspruch. Hierüber ist auch h. z. T. kein Streit mehr (s. jedoch auch Strempel a. a. O. S. 91 fgg.), aber desto bestrittener ist

die andere Frage, wofür im Zweifel, wenn die Absicht der Partheien sich nicht aus dem Vertrage selbst ergebe, vermuthet werden müsse, ob für eine Suspensiv- oder für eine Resolutiv-Bedingung? Müller im ziv. Arch. XII. No. 13. stellt mit vielen Aelteren die Regel auf, daß die Präsumtion durchaus für das Letztere, also eine Resolutiv-Bedingung streiten müsse, was aber von Geyso in Gieß. Zeitschr. V. S. 161 fgg., und Duncker im Rhein. Mus. V. S. 65 fgg. bestritten, von Müller aber wiederum vertheidigt wurde, in dessen ziv. Abh. No. 1, und im Resultat stimmen dieser Meinung auch Hoffmann im ziv. Arch. XVIII. S. 254 fgg. und Leonhardt, zur Lehre von den Rechtsverh. am Grundeigenthum S. 221 fgg. bei — Da keine besonderen Gesetze für diesen Nebenvertrag vorliegen, so muß blos die aus den Worten hervorgehende Absicht der Kontrahenten entscheiden, und da läßt sich denn doch wirklich nicht in Abrede stellen, daß man bei einem Vorbehalt des Eigenthums nicht wohl an etwas Anderes denken kann, als daß der Tradent sein Eigenthumsrecht noch nicht von sich lassen wolle, bis ihm der Kaufschilling bezahlt worden sei, daß also die Zufügung einer Suspensiv-Bedingung in der Absicht des Verkäufers liege. Zwar nimmt Müller cit. an, dies widerlege sich dadurch, daß das ganze pactum, wenn man es als den Eigenthums-Uebergang suspendirend ansehe, entweder überflüssig oder absurd sei. Sei nämlich nicht auf Kredit verkauft, und ein solches pactum zugefügt worden, so werde durch den Vertrag ganz unnöthig nur die gesetzliche Vorschrift wiederholt, wornach bei einem Kaufgeschäft ohne Kredit das Eigenthum überhaupt nur erst auf den Käufer übergeht, wenn der Kaufschilling gezahlt ist, §. 41. J. de rer. divis., l. 19. 53. de contr. emt. (18, 1). Werde aber auf Kredit verkauft und tradirt, so erkläre ja eben damit der Verkäufer, daß er das Eigenthum sogleich übergehen lassen wolle, und sei nun hierbei das pactum reservati dominii beigefügt, und man wolle dies als Suspensiv-Bedingung auffassen, so werde damit gerade das Entgegengesetzte ausgesprochen, so daß also der Verkäufer sich selbst widersprechen und durch die hinzugefügte reservatio dominii den Kreditvertrag wieder aufheben würde. Da nun der Ausdruck reservatio dominii eben so gut eine Resolutiv- wie eine Suspensiv-Bedingung enthalten könne, denn auch bei der ersteren behalte man sich ja das Eigenthum, nämlich für die Zukunft vor, und da für superflua oder gar absurda niemals eine Präsumtion streiten könne, so müsse man nothwendig für eine Resolutiv-Bedingung vermuthen. Dem Einwande aber, daß unter dieser Voraussetzung das pactum reservati dominii mit der lex commissoria zusammenfalle, begegnet Müller durch die Behauptung, es gehöre zum Wesen dieses letzteren Nebenvertrages, daß eine bestimmte Zeit für die Leistung des pretium festgesetzt sei, während sich gerade die reservatio dominii dadurch auszeichne, daß hier kein Zahlungstag beigefügt sei. Durch das Letztere nämlich wolle sich der Gläubiger überhaupt für den Fall sicher stellen, daß künftig einmal die Gegenleistung ausbleiben sollte. Weil aber dieses nur entschieden werden könne, wenn der Käufer insolvend geworden sei, so müsse man nach allem diesem im Zweifel unter dem einem Kaufkontrakt beigefügten pactum reservati dominii den Nebenvertrag verstehen, „durch welchen der Verkäufer die Dauer der Wirksamkeit seiner Uebertragung von dem Eintreten der Gegenleistung in der Art abhängig mache,

daß mit dem Eintreten der Insolvenz und der dadurch unmöglich gewordenen Gegenleistung von Seiten des Empfängers, die Tradition als nicht geschehen betrachtet werden sollte". — Gegen diese Deduktion aber bemerke man:

1) Es ist ganz irrig, wenn Müller behauptet, das pactum reservati dominii hebe, wenn man es als Suspensiv-Bedingung auffasse, den Kreditvertrag auf, und es gerathe also in einem solchen Falle der Verkäufer mit sich selbst in Widerspruch. Der wesentliche Inhalt des Kreditvertrags besteht nämlich offenbar nur darin, daß der Verkäufer verspricht, er wolle den Kaufpreis, den er streng rechtlich sogleich fordern könnte, jetzt noch nicht eintreiben, und nur eine stillschweigende Folge hiervon ist es, daß auch das Eigenthum, welches ohnedies erst mit der Bezahlung des pretium auf den Käufer übergehen würde, sogleich demselben erworben wird. Fügt nun aber der Verkäufer das pactum reservati dominii hinzu, so wird dadurch, wenn man darunter eine Susp.-Bed. annimmt, offenbar nur diese letztere stillschweigende Folge des Kreditvertrags aufgehoben, das eigentliche Wesen desselben aber gar nicht ergriffen, und es macht also noch immer einen sehr wesentlichen Unterschied, ob man ohne Kredit und ohne reservatio dominii oder ob man mit beiden Nebenverträgen kontrahirte. Da nun hiernach die reservatio dominii, wenn man sie als Suspensiv-Bedingung auffaßt, einen sehr passenden Sinn giebt, und die Annahme einer Suspensiv-Bedingung offenbar den Worten mehr entspricht, so muß man im Zweifel auch für dieselbe präsumiren. — Wäre aber in einem konkreten Falle bewiesener Maaßen die Absicht der Partheien bestimmt auf eine Resolutiv-Bedingung gerichtet, so koinzidirt allerdings die reservatio dominii durchaus mit der lex commissoria, denn der von Müller angegebene Unterschied zwischen beiden läßt sich aus unseren Gesetzen nicht erweisen.

2) Passender scheint die Argumentation Müller's für den Fall zu sein, wenn nicht auf Kredit verkauft ist, indem es hier allerdings schon vom Gesetz vorgeschrieben ist, daß das Eigenthum nur erst mit Bezahlung des pretium auf den Käufer übergehen soll. Aber Müller übersieht hierbei, daß in der ausdrücklichen Reservirung des Eigenthums sich offenbar die Absicht des Verkäufers ausspricht, nicht auf alsbaldiger Zahlung des Kaufpreises bestehen zu wollen, daß also dadurch ein stillschweigender Kreditvertrag abgeschlossen ist, und demnach ganz die Grundsätze bei 1) eintreten müssen.

Vgl. auch Göschen, Vorles. II. §. 277. a. E., Holzschuher, Theorie und Kasuistik II. S. 170 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 480 fgg. Not. 21, Puchta, Vorles. I. ad §. 148, Schmid a. a. O. S. 92 fgg. Not. 77.

Anm. 3. Kommt bei der Tradition ein Irrthum vor, so wird dadurch der Eigenthums-Uebergang nur dann gehindert, wenn derselbe den animus dominii transferendi oder adquirendi ergreift, wie namentlich, wenn über die Identität des Objekts geirrt wird, l. 34. pr. de adqu. poss. (41, 2), l. 2. §. 6. pro emtore (41, 4), und wenn ein Irrthum über das Eigenthum einer Sache obwaltet, l. 35. de adqu. dom.: „Si procurator meus vel tutor pupilli, rem suam quasi meam vel pupulli alii tradiderint, non recessit ab iis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit", vgl. l. 3. §. 8. de cond. c. data c. n. s. (12, 4), l. 15. §. 2. de contr. emt.

(18, 1). Hiernach geht also, wenn ich meine eigene Sache, welche ich irrthümlich für eine Sache des Sempronius halte, im Auftrage dieses vermeintlichen Eigenthümers tradire, kein Eigenthum auf den Empfänger über, eben weil es mir an der Absicht fehlte, mein Eigenthum aufgeben zu wollen („quia nemo errans rem suam amittit"). Freilich scheint hiermit in direktem Widerspruche zu stehen die vielbesprochene (vgl. Schult. ad Smallenb. ad h. l. tom. III. p. 357 sqq.) l. 49. mandati (17, 1):

> *Marcell.* „Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo; mandatu meo eum Titius vendidit, quum ignoraret suum esse; vel contra ego vendidi illius mandatu, quum forte is, cui heres extiterit, eum emisset; de jure evictionis et de mandato quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati eum non teneri, sed contraria mandati agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo [leg.: emtore] vindicare velit, exceptione doli summovetur, et adversus venditorem testatoris sui habet ex emto jure hereditario actionem".

Da nämlich in dem ersten hier behandelten Falle, in welchem der wahre Eigenthümer Titius im Auftrag des putativen Eigenthümers einen Sklaven verkauft hat, die Entscheidung dahin geht, *„neque vindicationem ei concedendam"*, so lassen sich wirklich dadurch Viele bestimmen, unsre ganze Regel zu leugnen, indem sie vielmehr auch in diesem Falle des Irrthums in Gemäßheit der l. 49. cit. eine wirksame Tradition annehmen, und die l. 35. cit. soll dann dadurch beseitigt werden, daß dieselbe von einem error *in corpore* verstanden werden soll, indem der Prokurator bei der Tradition zwei verschiedene Sachen verwechselt habe, vgl. z. B. Thibaut, Versuche II. S. 118 fgg., Glück VIII. S. 112. Not. 9, Savigny, Syst. III. S. 355. Not. b., Renaud im ziv. Arch. XXVIII. S. 256 fgg. Obwohl nun allerdings diese Auslegung der l. 35. cit. möglich ist, und ich sie jedenfalls, wenn sich keine andre Aushülfe böte, der Annahme einer unauflöslichen Antinomie (wie sie z. B. noch Claussen in der Holst. jur. Zeitschr. Jahrg. 1844. H. 1. S. 191 fgg. behauptet) vorziehen würde: so ist sie doch schon darum nicht wahrhaft befriedigend, weil dabei Manches künstlich in die l. 35. cit. hineingetragen werden muß, woran der unbefangene Leser schwerlich denken wird, und vorzüglich darum nicht, weil gerade die einfache, sich einem Jeden zunächst aufdringende Auslegung, wie sie oben angedeutet wurde, zu Resultaten führt, welche mit allgemeinen Grundsätzen in vollstem Einklange stehen. Das wahre Verhältniß dieser beiden Stellen ist nach meiner Ansicht folgendes. In l. 49. cit. ist mit klaren Worten der Fall behandelt, wenn der wirkliche Eigenthümer im Auftrage des putativen seine Sache verkauft hat, und dieser Fall wird dahin entschieden, daß er ungeachtet seines Irrthums dennoch an diesen Verkauf gebunden sei (vgl. auch §. 604. Anm. bei II. 4), und als Folge davon wird dann weiter angenommen, daß er auch nicht wirksam vindiziren könne, offenbar, weil seiner vindicatio die exceptio rei venditae et traditae entgegenstehen würde; Marcellus sagt also nicht, daß er durch die Tradition sein

Eigenthum verloren habe, sondern er erkennt vielmehr **implicite**, in vollstem Einverständniß mit **l. 35. cit.**, an, daß seine **vindicatio** an sich noch vollkommen begründet sei, und er nur wegen des ihn bindenden Kaufgeschäfts mit derselben nicht durchdringen könne. In der **l. 35. cit.** ist aber gar nicht von einem solchen, von dem Eigenthümer abgeschlossenen und ihn bindenden Vertrage die Rede, sondern lediglich von einer von ihm vorgenommenen Tradition, und denkt man sich also z. B. daß das Kaufgeschäft von dem putativen Eigenthümer selbst abgeschlossen und nur die Tradition von dem wahren Eigenthümer vorgenommen ist, so muß in einem solchen Falle die Vindikation vollkommen wirksam sein, eben weil dann von einer **exc. rei venditae** keine Rede sein kann, vgl. auch *Donell.* **comm. IV. c. 16. §. 6,** *Giphan.* **lect. Altorph. ad l. 35. cit. p. 357 sqq.**, Mühlenbruch, Zession S. 130 fgg., Göschen, Vorles. Bd. **II.** Abth. **I.** S. 171, Puchta, Vorles. **I.** Beil. **XV**, Scheurl a. a. O. S. 192 fgg., Böcking, Pand. **II.** §. 153. Not. 138, Bähr, Anerk. S. 206, Ihering in sein. Jahrbb. **II.** S. 152 fgg., Pagenstecher **II.** S. 225 fgg. Wie der zweite von Marcellus entschiedene Fall zu konstruiren sei, ist streitig. Die Mehrzahl der ältern und neuern Interpreten faßt ihn nach dem Vorgang der Basiliken (**XIV.** 1, 49) und der Glosse **ad h. l.** so auf: Mävius habe die Sache des Titius an den Sempronius verkauft und tradirt, Titius habe nachher diesen Sempronius beerbt und, unbekannt mit seinem Eigenthume, einem beliebigen Dritten den Auftrag gegeben, diese vermeintliche Erbschaftssache zu verkaufen; nachdem dieses geschehen, habe er sein früheres Eigenthums-Recht erfahren, und wolle nun, darauf gestützt, die Vindikation gegen den Käufer anstellen; die Entscheidung laute: die Vindikation sei zwar an sich vollkommen begründet, denn Titius habe ja gar nicht sein, sonders des Erblassers Eigenthum übertragen wollen, und „**nemo rem suam errans amittit**", aber wegen des in seinem Auftrag abgeschlossenen Verkaufs werde die Vindikation durch eine **exceptio doli** entkräftet und Titius könne also nur eine Eviktionsklage gegen den Auktor seines Erblassers, also gegen den Mävius anstellen. Vgl. z. B. Mühlenbruch, Zession S. 130 fg. Not., Richelmann, Einfluß des Irrthums auf Verträge S. 102 fgg., Scheurl, Beiträge **I.** S. 197 fgg., und in Ihering's Jahrbb. **II.** S. 13 fgg., Puchta, Vorles. **I.** Beil. **XV.** Faßt man aber diese Auslegung, die sich allerdings den Worten des Gesetzes ganz ungezwungen anschließt, etwas schärfer in's Auge, so würde sich daraus der unzweifelhaft falsche Rechtssatz ergeben, daß schon der blose Irrthum des tradirenden Eigenthümers über die *causa* seines Eigenthums-Erwerbs den Eigenthums-Uebergang ausschließen müßte! Um dieses unerträgliche Resultat zu vermeiden, muß man sich vielmehr den zweiten Fall des Marcellus so denken: Mävius hat zwar die Sache des Titius an den Sempronius verkauft aber noch nicht tradirt: jetzt beerbt Titius den Sempronius, und gibt dann dem Verkäufer Mävius, den er also für den wahren Eigenthümer hält, den Auftrag, die Sache anderweit an einen Dritten zu verkaufen; hierauf erfährt er, daß er selbst, und nicht der Mävius vom Anfang an Eigenthümer gewesen ist, und tritt demgemäß vindizirend gegen den Käufer auf. So aufgefaßt erscheint die Entscheidung, daß kein Eigenthum auf den Käufer übergegangen sei, sondern dieser nur eine **exc. doli** gegen den Vindikanten habe, vollkommen konsequent,

und zwar genau aus demselben Grunde, wie in dem ersten von Marcell entschiedenen Falle. Vgl. Ihering in seinen Jahrbb. I. S. 306 fg. Anm. 35. und bes. II. S. 158 fgg., und s. auch Pagenstecher, Eigenth. II. S. 227, Windscheid, Lehrb. I. §. 172. Note 10. — Wenn der Irrthum des Tradenten in der Gestalt vorkommt, daß er seine eigene Sache in eignem Namen in Folge eines Eigenthums übertragenden Geschäfts an einen Andern tradirt, aber dabei meint, er sei gar nicht der Eigenthümer: so hindert dieser Irrthum begreiflich den Eigenthums-Uebergang nicht, denn „plus in re est, quam in existimatione", vgl. auch §. 11. J. de legat. (2, 20), l. 4. §. 1. de manum. vind. (40, 2), Ihering a. a. O. S. 155 fgg. — Betrifft der Irrthum das Rechtsgeschäft, auf welches hin die Tradition erfolgte (die causa traditionis), so wird dadurch der Eigenthums-Uebergang freilich dann verhindert, wenn der Tradent oder der Empfänger ein Geschäft im Sinne hat, welches gar nicht auf Eigenthums-Uebertragung gerichtet ist, z. B. der Eine hat eine Schenkung, der Andere ein Kommodat im Sinne. Haben aber Beide zwar verschiedene Geschäfte im Sinne, aber beide putativen Geschäfte bezwecken den Eigenthums-Erwerb, so findet dieser Statt, eben weil doch ungeachtt des Irrthums der animus dominii transferendi und acquirendi vorhanden ist, obwohl begreiflich keines der beiden Geschäfte giltig ist (vgl. §. 604. Anm. bei I. 1). Daß in einem solchen Falle die Zurückforderung des Gegebenen vermittelst einer persönlichen Klage, namentlich der condictio sine causa, möglich ist, verträgt sich damit recht wohl. Vgl. l. 36. de adqu. dom. (Julian.): Quum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio; veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi; nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat, proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissensimus. Dagegen sagt freilich Ulpian in l. 18. de R. C. (12, 1): „Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse, sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse, magisque numos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. Quare si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis numi sunt consumti". Eine wahrhaft befriedigende Vereinigung dieser beiden Stellen ist m. E. bisher noch nicht aufgefunden worden, und auch die Ansicht, die ich in früheren Ausgaben vertheidigte, daß Ulpian mit den Worten: magisque numos accipientis non fieri, nicht den Eigenthums-Uebergang der Münzstücke habe negiren, sondern damit nur habe andeuten wollen, daß der Empfänger durch die Empfangnahme nicht reicher werde, weil er zur Zurückgabe verpflichtet sei, hat sehr Vieles gegen sich. Man muß also wohl mit sehr vielen älteren und neueren Juristen (vgl. z. B. *Cujac.* ad leg. 18. cit. opp. VII. p. 674 sqq., *Branchu*, observ. dec. alt. obs. XIX. p. 162 sqq., Westphal S. 388 fgg., Gesterding S. 136 fgg., Göschen, Vorles. §. 278. a. E., Puchta I. Beil. XV., Claussen a. a. O. S. 195 fgg., Heimbach, Lehre von der Frucht S. 126 fgg., Kreditum S. 158 fgg., Scheurl S. 191 fgg., Strempel a. a.

D. S. 39, **Windscheid**, Lehrbuch I. §. 172. Note 15 u. s. w.), zugeben, daß unter den römischen Juristen selbst eine Meinungs-Verschiedenheit über unsre Frage herrschte, und durch ein Versehen der Kompilatoren diese widerstreitenden Stellen in das corpus juris gekommen sind. In jedem Falle scheint es mir aber unzweifelhaft, daß wir die Meinung Julian's in l. 36. cit. als die eigentlich rezipirte betrachten müssen, und zwar nicht blos aus äußeren Gründen (die Stellung der l. 36. cit. in dem Titel: *de adquirendo rerum dominio;* der determinirte Ausdruck: *constat,* proprietatem ad te transire, und insbesondere der Umstand, daß die l. 36. cit. gerade unsre Frage ex professo behandelt, während die prinzipale Aufgabe der l. 18. cit. die ist, die Frage über das Dasein einer Schenkung oder eines Mutuum zu erörtern, und dabei nur ganz beiläufig auch die Frage nach dem Eigenthums-Erwerb zur Sprache kommt), sondern insbesondere auch deßhalb, weil nur die Entscheidung Julian's mit den allgemeinen Prinzipien in wahrem Einklang steht, so daß wir zu derselben gelangen müßten, wenn gar keine besondren gesetzlichen Bestimmungen darüber vorlägen. Ueber die mannichfachen Vereinigungs-Versuche s. die Nachweisungen bei *Schult.* et *Smallenb.* ad l. 18 cit. tom. III. p. 19 sqq., **Glück** IV. S. 153 fgg., VIII. S. 121 fgg.; insbes. vgl. *Vinnii* sel. quaest. II. 35, *Averan.* Interp. I. 17, *Huber,* digress. P. II. lib. II. c. 6, *d'Orville* ad l. 36. de adqu. rer. dom. et l. 18. de R. C. in Oelrich thes. vol. I. P. III. no. 27, *Teisterbant,* observat. et emendat. cap. 7. p. 59 sqq., *Regenbrecht,* comm. ad l. 36. de acqu. rer. dom. et l. 18. de R. C. Berol. 1820, **Seuffert**, Erörtr. II. S. 24 fgg., **Meyerfeld**, Schenkungen I. S. 121 fgg., *Wetzell,* lex XII. tab. rer. furt. usuc. proh. Monach. 1840. p. 64 sqq. p. 67 sqq., **Boecking**, Pand. II. §. 153. a. E., **Sell** S. 56 fg. Note, **Pagenstecher** S. 218 fg., **Dernburg** im ziv. Archiv XL. S. 3 fgg., **Schütze** in Bekker's Jahrb. III. S. 429 fgg. (Auch **Savigny**, System IV. S. 158 fgg. beschäftigt sich ausführlich mit unsren beiden Gesetzen, ohne jedoch unsere Frage über den Eigenthums-Uebergang dabei zur Sprache zu bingen).

Anm. 4. Justinian giebt in l. 23. pr. C. de SS. Eccl. (1, 2) den Kirchen, milden Stiftungen und Städten das Privilegium der 100jährigen Verjährung „sive hereditas, sive legatum vel fideicommissum fuerit relictum, sive donatio vel venditio processerit"; und daran schließt sich denn in §. 1. der Zusatz: „In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem, et hypothecariam, secundum nostrae constitutionis [l. 1. C. comm. de legat. (6, 43)] tenorem, quae legatariis et fideicommissariis hypothecariam donavit, et supradictis omnibus unum tantummodo terminum humanae vitae imponimus, id est centum metas annorum". Die älteren Juristen bezogen diese Worte ganz allgemein auf einen s. g. transitus legalis dominii, so daß also den Kirchen u. s. w. das Eigenthum schon durch den blosen Vertrag (Kauf, Schenkung u. s. w.) ohne **hinzukommende Tradition** erworben werde, und diese alte Erklärung ist denn auch neuerlich wieder von **Thibaut** im ziv. Archiv XX. S. 1 fgg. in Schutz genommen, nachdem derselbe noch in der 8ten Auflage seines Systems §. 738. die entgegen-

gesetzte Meinung angenommen hatte, vgl. auch Meyerfeld, Schenkungen Bd. II. S. 111 fgg., Schilling, Lehrbuch Bd. III. §. 361 bei Note n, Windscheid, Lehrbuch §. 171. Note 2 u. A. m. Gewiß aber ist Thibaut's Ausführung ungenügend. Mag auch der Satz, daß Eigenthum nicht durch blosen Vertrag, sondern nur erst durch die hinzukommende Tradition erworben werde, in den Augen Thibaut's „das Kahlste auf der Welt" und eine blose „Albernheit", und mag auch dieser Ansicht zufolge die angebliche Vorschrift Justinian's in l. 23. §. 1. cit. ein Fortschritt zum Besseren sein, den man nicht chikaniren dürfe: so ist doch diese individuelle Ansicht Thibaut's nicht die des römischen Rechts. Hier ist vielmehr der Satz, daß durch Verträge nur Obligations-Verhältnisse, aber kein Eigenthum entstehen, fest begründet, und jede Abweichung davon muß als eine große Anomalie betrachtet werden, die man nur dann statuiren darf, wenn sich kein anderer Ausweg darbietet. In einem solchen Nothfalle sind wir aber hier gewiß nicht. Die ausgezogenen Worte des §. 1. lassen nämlich völlig ungezwungen die sehr einfache Deutung zu, „er wolle auch innerhalb dieser 100 Jahre nicht blos persönliche, sondern auch dingliche Klagen, und namentlich auch die Pfandklage zulassen, so daß für diese alle nur eine Verjährungszeit, nämlich 100 Jahre, Statt finde". Justinian denkt also hier nicht daran, den Kirchen u. s. w neue dingliche Klagen zu gewähren, sondern seine Meinung ist nur die, daß die Kirchen, wenn sie in der Lage seien, Vindikation oder Pfandklagen gebrauchen zu können, — wie namentlich im Falle eines Legats in Gemäßheit der l. 1. C. comm. de legat. — dieselben eben so wie die persönlichen Klagen 100 Jahre lang anstellen könnten. — Im Resultat, aber freilich nicht in den Gründen, stimmt hiermit auch *Giphan.*, explan. diffic. legum Cod. p. 11. 12. überein, und ohne weitere Angabe eines Grundes haben sich auch für die richtige Meinung erklärt *Wissenbach* in libr. IV. priores Cod. L. I. tit. 2. §. 20. Westphal a. a. O. §. 765. a. E., Hufeland I. §. 695. Note 3, Glück XVII. S. 218, Schweppe §. 242, Wening §. 125, Puchta, Lehrb. §. 148. Note b, Vorles. ad h. l., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 479. Note 2, Holzschuher, Theorie und Kasuistik II. S. 178, Schmid a. a. O. S. 72. Note 7, Arndts, Lehrbuch §. 145. Anm. 1, Sell S. 54 fgg. Note, Pagenstecher II. S. 210 fg. u. A. m.

Anm. 5. Ueber eine sehr exorbitante Eigenthümlichkeit bei Eigenthums-Uebertragungen von Seiten des Fiskus oder Regenten vgl. §. ult. J. de usucap. et longi tempor. praescr. (2, 6):

„Edicto D. Marci cavetur, eum, qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium praeterierit, posse dominum rei per exceptionem repellere. Constitutio autem divae memoriae Zenonis [l. 2. C. de quadr. praescr. (7, 37)] bene prospexit iis, qui a fisco per venditionem aut donationem vel alium titulum aliquid accipiunt, ut ipsi quidem securi statim fiant et victores existant, sive experiantur, sive conveniantur. Adversus autem sacratissimum aerarium usque ad quadriennium liceat intendere iis, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, quae alienatae sunt, putaverint sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio

[l. 3. C. de quadr. praescr.], quam nuper promulgavimus, etiam de iis, qui a nostra vel venerabilis Augustae domo aliquid acceperint, haec statuit, quae in fiscalibus alienationibus praefata Zenoniana constitutione continentur“.

3) Von der fructuum perceptio. §. 312.

Ulp. l. 6. de donat. (39, 5); Quis saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa; statim cum lapis exemtus est, meus fit, neque prohibendo me evehere efficit, ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est; plane si mercenarius meus exemit, mihi exemit. Sed si is, qui a me emerat, sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi jure eximere, si, antequam eximat, me poenituerit, meus lapis durat; si postea, ipsius factum avocare non possum, quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate. Quod in saxo est, idem erit etiam, si in arbore caesa vel demta acciderit.

Anm. Wenn Viele (z. B. Savigny, Besitz S. 314, Göschen, Vorles. II. §. 283, Puchta, Lehrbuch §. 150, Vorles. ad h. l. Bd. I. S. 298, Sintenis I. S. 484, Schmid a. a. O. S. 103 fgg., und im Wesentlichen auch Heimbach, Lehre von der Frucht S. 80 fgg. S. 84 fgg.) den Fruchterwerb durch Perzeption besonders in Folge der abgedruckten l. 6. de donat., vgl. auch l. 61. §. 8. de furt. (47, 2), als eine Unterart der Tradition auffassen, so läßt sich dies für den Pachter und andere obligatorisch Berechtigte allenfalls rechtfertigen, obwohl doch auch hierbei mehr eine Parallele mit der Tradition, als eine wirkliche Subsumtion unter den Traditions-Begriff angenommen werden darf. Für dinglich Berechtigte aber, und namentlich also für den Usufruktuar, dessen Recht, wenn es einmal konstituirt ist, völlig unabhängig von dem Willen des Eigenthümers ist, muß alle und jede Parallele mit der Tradition nothwendig verworfen werden, da sie zu entschieden irrigen Konsequenzen hinführen würde, und es ist daher gewiß angemessener, die fructuum perceptio als eine besondere Erwerbart des Eigenthums aufzuführen; vgl. auch *Backe,* bonae fidei possessor quemadm. fruct. suos faciat p. 98 sqq. p. 110 sqq. und bes. Arndts in der Gießer Zeitschrift N. F. III. S. 388 fgg.

4) Von der Kultur der Ländereien. §. 313.

Valent., *Theod.* et *Arcad.* l. 8. C. de omni agro deserto (11, 58): Qui agros domino cessante desertos vel longe positos vel in finitimis, ad privatum pariter publicumque compendium excolere festinat, voluntati suae noverit nostrum adesse re-

sponsum; ita tamen, ut si vacanti ac destituto solo novus cultor insederit, ac vetus dominus intra biennium eadem ad suum jus voluerit revocare, restitutis primitus quae expensa constiterit, facultatem loci proprii consequatur. Nam si biennii fuerit tempus emensum, omnis possessionis et dominii carebit jure, qui siluit.

Anm. Man hat in neuerer Zeit, besonders auf die Auktorität von *Ballhorn*, obss. ad leg. 8. C. de omni agro des. Goett. 1803 mehrfach angenommen, die l. 8. cit. rede blos von kaiserlichen Kolonat- oder Erbpachtgütern, und sei also für uns ganz unpraktisch, Schröter in Gießer Zeitschrift II. S. 239, Wening, Lehrbuch I. §. 128. a. E., *Mühlenbruch.* doctr. Pand. §. 357. Dieß ist aber gewiß ungegründet und willkürlich, denn dreimal wiederholt sich in der fraglichen Verordnung auf das Bestimmteste der Ausdruck dominus und dominium, und eben so ist auch da von locus proprius die Rede, Ausdrücke, die von Inhabern von fundi patrimoniales gar nicht wohl zu gebrauchen sind. Die richtige Ansicht wird aber auch durch *Eustathius*, de temporib. ac dilationib. cap. 25. §. 16. (edid. Zachariae, Heidelb. 1836. p. 196) auf das Vollkommenste bestätigt, und auch schon im frühern römischen Rechte kommen ganz ähnliche Verordnungen vor, z. B. unter dem Kaiser Pertinax, *Herodian.* hist. II. cap. 4. §. 13. Vgl. bes. Guyet im ziv. Archiv XVII. S. 52 fgg. Mit Recht macht aber noch Mühlenbruch, Lehrbuch §. 247. Note 19, der hier seine frühere Meinung zurücknimmt, darauf aufmerksam, daß die l. 8. cit. nur von eigentlich vernachläßigten, und tributpflichtigen Grundstücken verstanden werden dürfe, und dadurch wird denn auch die l. 8. cit. in vollkommenen Einklang mit l. 11. C. unde vi (8, 4) gebracht. Vgl. auch Schmid a. a. O. S. 62 fgg. Note 50.

5) Von der Verjährung.

Inst. II. 6. de usucapionibus et longi temp. possessionibus; *Dig.* XLI. 3. de usurpationibus et usucapionibus; *Cod.* VII. 30. communia de usucapionib.; VII. 31. de usucap. transformanda; VII. 33. de praescript. longi temp. X. vel XX. annor.; VII. 34. in quib. causis cessat longi temp. praescriptio; VII. 36. quibus non objicitur longi tempor. praescr.; VII. 38. ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione submoveatur; VII. 39. de praescr. XXX vel XL annor.—*Gai.* II. §. 40 sqq.. *Paul.* rec. sent. V. 2; Cod. Theod. IV. 13. de longi tempor. praescriptione. — *Decret. Greg.* II. 26. de praescript.; *Liber sext.* II. 13. de praescr. — *Donelli,* commentar. jur civ. lib. V.

c. 5. cap. 14—31; *Majansii* disputat. jur. tom II. 50—68; *Rave*, principia universae doctrinae de praescriptionibus, cur. Eichmanni. Hal. 1790; Westphal a. a. O. S. 306 fgg.; Thibaut, über Besitz und Verjährung. Jena 1802; Dabelow, über die Verjährung, zwei Theile. Halle 1805. 1807; Unterholzner, die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz; dargestellt nach den Grundsätzen des römischen Rechts. Breslau 1815; Ders., ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 2 Bde. Leipzig 1828. 2te Auflage bearbeitet von Schirmer. Leipzig 1858; Reinhardt, die usucapio und praescriptio des römischen Rechts. Stuttgart 1832; Hameaux, die usucapio und longi tempor. praescriptio; eine historisch-dogmat. Erläuterung der l. un. C. de usuc. transf. Gießen 1835; Madai, die usucapio und l. t. praescr. des römischen Rechts, in dessen Beiträgen zur Dogmengesch. Riga und Leipzig 1839. Nr. 1, Göschen, Vorles. Bd. II. §. 248 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 51. S. 494 fgg., Schmid a. a. O. §. 14. S. 184 fgg., Sell S. 109 fgg., Pagenstecher II. S. 229 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. XII. S. 285 fgg. Vgl. auch Scheurl („zur Usukapionslehre") in sein. Beitr. II. S. 29 fgg. und Schirmer, die Grundidee der Usukapion im röm. Recht. Berlin 1855.

BIBLIOTHECA BODLEIANA

I. Historische Einleitung.

Raevardi, Tribonianus, sive de veris usucapionum differentiis contra Tribonianum. Antv. 1561 (auch in *Conradi* triga libellorum Lips. 1728, wo sich auch als Einleitung eine Beleuchtung dieser Rävardschen Schrift unter dem Titel: historia usucap. et longi tempor. praescript. findet), *Galvani*, diss. de usucapionib. et longi tempor. praescript., als cap. IX. seiner bekannten diss. variae de usufructu; Gros, Geschichte der Verjährung nach dem römischen Rechte. Gött. 1795; Ballhorn-Rosen, über Dominium S. 233 fgg.; Puchta, zivil. Abh. No. 1; Engelbach, über die Usukapion zur Zeit der 12 Tafeln. Marburg 1828; Puchta, Kursus der Institut. Bd. II. §. 239. 240. Vgl. auch Stintzing das Wesen von bona fides und titulus in der röm. Usukapionslehre. Heidelb. 1852. S. 8 fgg., Scheurl a. a. O. S. 30 fgg.

1) Die Usukapion des früheren Rechtes. §. 314.

2) Die praescriptio longi temporis. §. 315.

Anm. Zu welcher Zeit der Prätor die l. t. praescript. eingeführt habe? ob dieselbe wegen der praedia provincialia eingeführt sei, wie man gewöhnlich annimmt, oder vielmehr wegen des ager publicus, wie besonders Hameaux a. a. O. S. 17 fgg. vertheidigt? ob dieselbe schon vor Justinian's Verordnung in l. 8. pr. C. de praescr. XXX. annor. (7, 39) eine vindicatio hervorgebracht habe, und man also Justinian's Worten trauen dürfe: **hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant?** das sind Fragen, die sich nach dem jetzigen Stande unserer Quellen wohl kaum mit Bestimmtheit beantworten lassen. Sehr bestritten ist es aber auch noch h. z. T., ob die l. t. praescr. auch auf res mobiles angewendet worden sei? Während die meisten Neueren dies einräumen, sucht nach dem Vorgang mancher Aelteren besonders Hameaux a. a. O. S. 39 fgg. die entgegengesetzte Ansicht sehr ausführlich zu vertheidigen, aber doch wohl mit Unrecht, vgl. l. 9. de div. temp. praescr. (44, 3): **Rescriptis quibusdam Divi Magni Antonini cavetur, ut in rebus mobilibus locus sit praescriptioni diutinae possessionis.** Diese Florentinische, durch die Basiliken (LI. 3, 8) bestätigte Lesart mit der lect. vulg.: *in rebus soli* zu vertauschen, verdient um so weniger Billigung, da auch noch andere Stellen zu demselben Resultat führen, vgl. l. 3. eod., l. 1. C. de serv. fugit. (6, 1), Stellen, welche Hameaux a. a. O. nur durch den zwar schon öfter aufgestellten, aber noch nirgends bewiesenen Satz hinwegzuräumen vermag, daß in denselben von mancipia rustica die Rede sei, und daß diese bei den Römern wie ein Theil des Grundstücks angesehen, und darum auch der l. t. p. unterworfen worden seien. Wie wenig für die gegnerische Meinung das Reskript von Dioclet. und Maxim. in l. 2. C. in quib. caus. cess. l. t. p. (7, 34) beweist, in servorum proprietatis negotio cum usucapio locum habeat, ad quaestionem longi temporis praescriptionis superfluo pervenitur, ja, daß es sogar für die richtige Ansicht gebraucht werden kann, fällt von selbst ins Auge. Vgl. auch Madai a. a. O. S. 52 fgg.

3) Justinian's Reformen. §. 316.

L. un. C. de usuc. transformanda: Cum nostri animi vigilantia ex jure Quiritium nomen et substantiam sustulerit, et communes exceptiones in omni loco valeant X vel XX vel XXX annorum, vel si quae sunt aliae majoris aevi continentes prolixitatem: satis inutile est, usucapionem in Italicis quidem soli rebus admittere, in provincialibus autem recludere, Sed et si quis res alienas, Italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur, et nullus eis ad

eas reservabatur regressus, quae et nescientibus dominis procedebant, quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens tam angusto tempore suis cadebat possessionibus. Ideo per praesentem legem et in Italicis soli rebus, quae immobiles sunt, vel esse intelliguntur, sicut annalem exceptionem [cf. l. 1. C. de annali exceptione Italici contractus tollenda (7, 40)], ita et usucapionem transformandam censemus, ut tantummodo et his X vel XX vel XXX annorum et aliarum exceptionum tempora currant, hujusmodi angustiis penitus submotis. Cum antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerant alienatae, vel quocunque modo bona fide tamen detentae, usucapionem extendebant non tantum in Italico solo [nexu], sed in omni orbe terrarum, et hanc annali tempore concludebant; et eam duximus esse corrigendam, ut si quis alienam rem mobilem seu se moventem in quacunque terra, sive in Italica, sive provinciali bona fide per continuum triennium detinuerit, is firmo jure eam possideat, quasi per usucapionem eam acquisitam. Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio: et ut continuetur ei possessio etiam anterioris justi possessoris, et connumeretur in decennium vel XX annorum spatium, vel tricennium. Quod et in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus justo titulo possessionis antecessoris justa detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est. Ita etenim ampliatur quidem longi temporis materia, quae ei subdita est, minuitur autem usucapionum compendiosa dominis jactura et ejus jura nocentia: cum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane antiquum est, et merito antiquari oportet, ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.

Anm. Die von älteren wie neueren Juristen vielfach gebeutete l. un. cit. darf gewiß weder mit *Donell.*, comm. V. 4, May, über den Charakter der ordentlichen Eigenthums-Ersitzung nach der l. un. C. de usuc. transf. Bamberg 1847, und Schmid a. a. O. S. 186 fgg. Note 3. so verstanden werden, daß Justinian die usucapio abgeschafft und nur noch die praescriptio stehen gelassen habe, noch kann man auch der Erklärung der Glosse beitreten, die in neuerer Zeit besonders an Wening I. §. 130. und Hameaux a. a. O. S. 83 fgg. eifrige Vertheidiger gefunden hat, wornach die usucapio nur noch für Mobilien,

die praescriptio aber blos noch für Immobilien anwendbar sei, noch endlich kann, und zwar am allerwenigsten, die Meinung von Madai a. a. O. S. 71 fgg. gebilligt werden, daß die l. un. cit. lediglich den Zweck gehabt, für Italische Grundstücke die Usukapion umzugestalten, und sich auf Provinzial-Grundstücke gar nicht bezogen habe, so daß für uns, die wir keine Italischen Grundstücke mehr hätten, die ganze Konstitution unpraktisch, und für Immobilien also ausschließlich die longi temporis praescriptio anwendbar sei (vgl. dagegen auch meine Rez. in Richters krit. Jahrb. 1839. S. 769 fgg.); sondern eine sorgsame Erwägung der einzelnen Ausdrücke muß zu dem Resultate führen, daß beide Arten von Sachen unter dieselben Normen fallen sollen, und zwar gewiß in der Art, daß die Usukapion als die Grundlage erscheint, welche durch mehrere bisher nur bei der praescriptio geltenden Grundsätze modifizirt wurde. In anderen nicht entschiedenen Punkten müssen daher gewiß allgemein bei beweglichen wie unbeweglichen Sachen die Prinzipien der Usukapion entscheiden; vgl. auch Unterholzner II. §. 178., Reinhardt, die usuc. und praescr. S. 223 fgg., Fritz, Erläutr. S. 321 fgg., Göschen, Vorles. §. 251. 252, Mühlenbruch, Lehrb. §. 257. Note 12, Puchta, Lehrb. §. 155. a. E., Vorles. ad h. l., Savigny, System VI. S. 59, Sell S. 126 fgg. u. A. m. Zu vorläufiger Unterstützung dieser mündlich näher zu entwickelnden Auslegung vgl. man pr. J. h. t.: „Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit, eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione aliave qua justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur, et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium usucapiantur, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est inter praesentes decennio, inter absentes XX annis usucapiantur, et his modis non solum in Italica, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominia rerum, justa causa possessionis praecedente adquirantur". Cf. *Basil.* L. 10. 4. (ap. *Reitz* in Meerm. thes. V. pag. 65; bei *Heimb.* tom. V. p. 71): Ἡ διάταξις κελεύει πάντα τὰ πράγματα, εἰ μὲν κινητὰ ἢ αὐτοκίνητα εἴησαν, διὰ τριετίας τῇ χρονίᾳ νομῇ δεσπόζεσθαι (der sehr häufig wiederkehrende Ausdruck für *usucapere*), εἰ δὲ ἀκίνητα, διὰ δέκα καὶ εἴκοσιν ἐνιαυτῶν τῇ χρονίᾳ νομῇ δεσπόζεσθαι. — Große Bedeutung hat allerdings die hier berührte Streitfrage nicht, da die Mehrzahl der Verschiedenheiten zwischen der usucapio und der l. t. praescriptio schon vor der l. un. cit. ausgeglichen war; vgl. Stephan im zivil. Archiv XXXIV. S. 173 fgg. S. 361 fgg., Arndts, Lehrbuch §. 157. Anm. 6, Boecking, Pand. II. §. 144. g. E., Windscheid, Lehrbuch I. §. 175.

II. Dogmatische Darstellung.

A. Von der s. g. ordentlichen Verjährung.

1) Erfordernisse derselben.

a) Verjährbarkeit des Objekts. §. 317.

Anm. Abgesehen von den Sachen, die überhaupt nicht im Eigenthum stehen können, sind auch noch manche andere vermöge besonderer gesetzlicher Verfügung der ordentlichen Ersitzung entzogen. Der Grund dieser Verfügungen liegt aber entweder in einem Privilegium für die Person des Eigenthümers, oder in einer Eigenschaft der Sache selbst.

A. Mit Rücksicht auf die Person des Eigenthümers sind der ordentlichen Verjährung entzogen:

1) Sachen des Fiskus, wobei jedoch noch die besondere Bestimmung vorkommt, daß **bona vacantia** erst von der Zeit der Anzeige an unverjährbar werden, §. 9. J. h. t. (2, 6), l. 18. 24. h. t. (41, 3).

2) Sachen des Regenten (**res dominicae**), tit. Cod. **ne rei dominicae vindic. temp. praescript. submov.** (7, 38), l. 6. C. **de fund. patrim.** (11, 61).

3) Unbewegliche Sachen der Kirchen und milden Stiftungen, Nov. 111. c. 1. Nov. 131. c. 6. cap. 8. X. **de praescr.** (2, 26); Unterholzner I. §. 40 fgg., v. Buchholtz, jur. Abh. S. 359 fgg.

4) Sachen der Städte, l. 9. h. t.: **Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani** ***et civitatum,*** **item liberis hominibus.** Vgl. auch l. 12. §. 2. **de Publ. act.** (6, 2). Doch sind Manche anderer Meinung, z. B. Fritz, Erläutr. S. 327 fgg. und in seiner Ausgabe des Wening'schen Lehrbuchs §. 131. a. E., Göschen, Vorles. §. 264, Rudorff, Grundr. S. 127, Sintenis I. §. 51. Note 37, Schmid I. S. 192 fgg. Note 9, Boecking II. S. 82. Note 29, Windscheid, Lehrbuch §. 182. Note 5, aber aus der dafür angeführten Stelle von Paulus **rec. sent.** V. 2. 4 erhellt nur, daß allerdings eine ***praescriptio*** **XX. annorum** bei Städtesachen vorkommen konnte, vgl. auch l. 1. fin. C. **de praescr. longi tempor.** (7, 33), was für das Justinianische Recht jeden Falls irrelevant ist, und die l. 15. §. 27. **de dam. inf.** (39, 2) kann im Sinne des neuesten Rechts nur von solchen Vektikalgrundstücken verstanden werden, die blos in einer **bonae fidei possessio**, nicht im Eigenthum eines Munizipiums stehen, und bei solchen ist natürlich die Usukapion nicht ausgeschlossen. Vgl. auch Unterholzner §. 58, der jedoch insofern irrt, daß er auch keine Präskription der Städtegüter anerkennen, und demgemäß die Stelle von Paulus nur auf Pfandansprüche beziehen will, welche von einer Stadtgemeinde geltend gemacht werden, Puchta, Kursus der Instit. II. §. 239. a. E. Am unhaltbarsten ist wohl die Meinung von Schilling, Bemerk. über röm. Rechtsgesch. S. 400 fgg. und Institut. II. §. 166. Zus. S. 563, daß auch noch im Justinianischen Rechte bei Sachen der Städte, ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, ein Zeitablauf

von zwanzig Jahren erforderlich und hinreichend sei; s. jedoch auch Mühlenbruch, Lehrb. §. 261. Note 5. Vgl. überhaupt auch Schirmer, Grundidee S. 111 fgg.

5) Nach der herrschenden Lehre sollen auch Sachen der Unmündigen und Minderjährigen der ordentlichen Verjährung entzogen sein, vgl. z. B. außer den Lehrbb. von Wening §. 131, Mühlenbruch §. 261, Thibaut §. 1014, Mackeldey §. 259, Schweppe §. 247, Arndts §. 162. Anm. 1, Boecking II. S. 82 fgg. Note 31, Brinz §. 60. a. E., Windscheid §. 182. Note 11, auch noch Westphal a. a. O. §. 731—733, Unterholzner I. §. 35—38, Hameaux a. a. O. S. 210 fgg., *a Daniels*, de usuc. et praescr. adv. pupill. et minor. Bonn. 1827, Arndts in Gießer Zeitschrift XX. 9, Schmid I. S. 194 fgg. Note 10, Stephan im zivil. Archiv XXXIV. S. 361 fgg., Sell cit. S. 156 fgg., Pagenstecher II. S. 280 fgg., Heimbach S. 341 fgg. u. A. m. Dies ist jedoch schwerlich zu billigen. Vor Justinian fand wenigstens gewiß an solchen Sachen die Usukapion Statt, vorausgesetzt nur, daß die übrigen Requisite derselben, also namentlich bona fides des Erwerbers, vorhanden waren — wobei nur zu berücksichtigen ist, daß der Erwerber schon dann in mala fide ist, wenn er wissentlich von dem Pupillen ohne tutoris auctoritas erwirbt —, l. 2. de eo qui pro tut. (27, 5), l. 4. §. 11. de usurp. (41, 3), l. 2. §. 15, l. 7. §. 3. pro emt. (41, 4), l. 4. §. 24. de dol. mal. exc. (44, 4), l. 33. de furt. (47, 2), l. un. C. si advers. usucap. (2, 36), l. 9. C. de usuc, pro emt. (7, 27). Freilich aber konnten nicht alle Sachen der Unmündigen und Minderjährigen usukapirt werden; sondern, so weit das gesetzliche Veräußerungs-Verbot solcher Sachen geht (s. oben §. 277), mußte auch allgemeinen Grundsätzen nach die Usukapion wegfallen, und hieraus erklären sich l. 10. pr. quemadm. serv. amitt. (8, 6) und l. 48. pr. de adquir. dom. (41, 1) [wenn nicht etwa in der letzten Stelle statt *pupilli* gelesen werden muß: *populi*, welche Leseart wenigstens die Basiliken L. 1, 47. voraussetzen]. Anders aber verhielt es sich allerdings mit der *longi temporis praescriptio*: „Ea enim tunc currere incipit, quando ad majorem aetatem dominus rei pervenerit", l. 3. C. quibus non objicietur l. t. p. (7, 35). — Wie gestaltete sich nun das Verhältniß im Justinianischen Rechte? Ist unsere obige Annahme über den Sinn der l. un. C. de usuc. transform. richtig, so müssen wir, wenn nicht etwa eine spezielle Verordnung das Gegentheil vorschreibt, die früheren Grundsätze über Usukapion als die für ordentliche Eigenthums-Verjährung allein giltigen ansehen, und demgemäß würden Sachen der Unmündigen und Minderjährigen der ordentlichen Verjährung unterworfen sein, soweit nicht das Veräußerungs-Verbot etwas Anderes mit sich bringt. Wirklich aber führt man für das Gegentheil noch eine besondere Verordnung Justinian's an, nämlich die l. 5. C. in quib. caus. in integr. rest. nec. n. est (2, 41):

„Sancimus favore imperfectae aetatis exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere; ne dum in integrum restitutionem exspectamus, aliquod emergat obstaculum, per quod hujusmodi beneficio minor uti non possit, vel substantia ejus subvertatur. Sed humanius est, latius eandem legis interpretationem extendere in omnibus casibus, in quibus vetera jura currere quidem

temporales praescriptiones adversus minores concesserant, per in integrum restitutionem autem eis subveniebant, eas ipso jure non currere; melius etenim est, intacta eadem jura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere; videlicet exceptionibus XXX vel XL annorum in suo statu remanentibus".

Daß hier nach dem Sprachgebrauch Justinian's (vgl. besonders l. 30. C. de jure dotium) unter den temporales praescriptiones auch die Usukapion verstanden werden kann, leidet keinen Zweifel und wirklich scheint für eine solche Auslegung der von dem Kaiser angegebene allgemeine Grund zu sprechen. Aber eben so möglich, und schon technisch richtiger ist die Annahme, daß Justinian nur an die Klagen-Verjährung gedacht habe, und für diese engere Interpretation spricht schon die Veranlassung des Gesetzes (exceptio non num. pecun.), ganz entscheidend aber die Aufnahme des Kodertitels: si adversus usucapionem (2, 36), dessen ganze Bedeutung auf der Voraussetzung beruht, daß auch gegen Minderjährige eine Usukapion möglich sei, und die Rezeption der vielen Pandektenstellen, in denen eine solche Usukapion statuirt wird.— Das Resultat also ist: auch noch im Justinianischen Rechte sind, abgesehen von dem Veräußerungs-Verbot, Sachen der Pupillen und Minderjährigen der ordentlichen Eigenthums-Verjährung unterworfen, obwohl diese natürlich wegen der daraus hervorgehenden Nachtheile durch in integrum restitutio geschützt werden können. Vgl. besonders Göschen, Grundr. S. 118 fgg., Vorles. §. 255. (Bd. II. Abth. 1. S. 100 fgg.); s. auch Puchta, Syst. S. 67, Gans, Scholien zu Gajus S. 248 fgg. Die später von Puchta, Lehrbuch §. 158. Note f vertheidigte Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, so daß bei den erstren die Usukapion zugelassen, bei den zweiten aber ausgeschlossen sein solle, hat keinen genügenden exegetischen Grund für sich, wohl aber die Natur der Sache gegen sich. — Uebrigens ist die ganze hier behandelte Streitfrage von keiner erheblichen praktischen Wichtigkeit, indem das Veräußerungs-Verbot von Sachen der Bevormundeten im neuesten Rechte eine so große Ausdehnung erhalten hat, daß aus diesem Grunde auch nach unserer Ansicht die Sachen der Unmündigen und Minderjährigen regelmäßig der Usukapion entzogen sind.

6) In Betreff der Sachen Abwesender stellte namentlich noch Hameaux a. a. O. S. 204 fgg. den Grundsatz auf, daß zwar die Usukapion statthaft sei, nicht aber auch die Präskription, l. 4. C. quib. non objic. l. t. pr. (7, 35): „— — **praescriptio, quam contra absentes vel reipublicae causa vel maxime fortuito casu, nequaquam valere, decernimus"**; was dann seiner Theorie nach (s. oben §. 316) im Justinianischen Rechte so viel heißen soll: nur bewegliche, nicht aber auch unbewegliche Sachen derer, welche ex justa causa abwesend sind, sind der ordentlichen Verjährung unterworfen. — Aber abgesehen davon, daß eine richtigere Auslegung der l. un. C. de usuc. transf. vielmehr zu dem Resultate hinführt, daß die früheren Grundsätze über Usukapion die allgemein giltigen für bewegliche und unbewegliche Sachen sind, muß man überhaupt in Abrede stellen, daß in Betreff der Sachen Abwesender jemals ein solcher Unterschied zwischen Usukapion und Präskription bestanden habe, wie ihn Hameaux annimmt. Der Sinn der l. 4. cit. ist nämlich gewiß nur, daß die praescriptio

l. t. gegen Abwesende unwirksam sei, nämlich eben wegen der hier statthaften in integrum restitutio; denn daß die restitutio hier gar nicht nöthig sei, sondern den Abwesenden schon ipso jure die praescriptio l. t. nicht entgegengesetzt werden könne, widerlegt sich aus l. 6. 7. C. quib. non l. t. pr. (7, 35); vgl. auch Unterholzner I. §. 137. Not. 493, Schmid I. S. 197. Not. 11.

7) Daß auch Sachen der Wahnsinnigen — abgesehen von dem Veräußerungs-Verbot — der Verjährung entzogen seien, wie Viele behaupten, ist schlechthin grundlos, da dies in keinem Gesetze ausgesprochen ist und allgemeine Aeußerungen, wie die in l. 1. §. 2. C. de annali except. und l. 5. C. in quib. caus. in integr. rest., zu einer solchen Annahme unmöglich berechtigen können; s. auch Unterholzner I. §. 39.

B. Wegen besonderer Qualitäten der Sache sind der ordentlichen Verjährung entzogen:

1) Sachen, die zum s. g. peculium adventitium regulare der Hauskinder gehören, l. 1. C. de bon. matern. (6, 60), l. 4. C. de bon. quae liber. (6, 61), l. 1. §. 2. C. de annali except. (7, 40). Nach Auflösung der väterlichen Gewalt steht natürlich dem Beginne der Verjährung nichts mehr entgegen, denn die oft für das Gegentheil angeführte Nov. 22. c. 24. (s. Nr. 2.) darf gewiß nicht generalisirt werden.

2) Solche Sachen, welche wegen einer zweiten Ehe des Parens der Proprietät nach an die Kinder erster Ehe gekommen sind; und hierbei kommt die Eigenthümlichkeit vor, daß die ordentliche Verjährung selbst noch nach Auflösung der väterlichen Gewalt ausgeschlossen ist, Nov. 22. c. 24. (Ueber die von Justinian hier erwähnte dreißigjährige Verjährung s. Unterholzner I. S. 120, Heimbach in der Gieß. Zeitschr. XVI. S. 28 fgg., Sintenis I. §. 51. Not. 43).

3) In Betreff der Dotalsachen ist eine doppelte Bestimmung zu unterscheiden. Was nämlich den *fundus dotalis* anbelangt, so ist durch das Veräußerungs-Verbot der lex Julia auch ein Usukapions-Verbot ausgesprochen, vorausgesetzt, daß das Grundstück nach konstituirter Dos in die Hände eines Dritten kommt, denn die begonnene Verjährung wird durch die Dotalbestellung nicht unterbrochen, l. 16. de fundo dot. (23, 5). Außerdem aber ist von Justinian verordnet worden, daß bei allen Dotalsachen, mögen sie beweglich oder unbeweglich, ästimirt oder nicht ästimirt sein, der mit der vindicatio oder hypothecaria actio auftretenden Ehefrau keinerlei Art von Verjährungs-Einrede, „sive per usucapionem inducta, sive per X, sive per XX annorum curricula, sive per XXX vel XL annorum metas, sive ex alio quocunque tempore majore vel minore sit introducta“, entgegengesetzt werden könne, als nur von der Zeit an, wo die Frau zur Anstellung jener Klagen befähigt sei, also von der Trennung der Ehe und resp. von Insolvenz des Mannes an, l. 30. C. de jure dot. (5, 12). Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Unterholzner §. 79. 80, v. Löhr im ziv. Arch. X. S. 69. 70; vgl. Buchholtz, jurist. Abh. S. 183 fgg., Göschen, Vorles. §. 254.

4) Gestohlene Sachen, schon nach einer Vorschrift der 12 Tafeln und der ex Atinia (wahrscheinlich aus der zweiten Hälfte des 6. Jahrh.), §. 2. 3. J.

de usuc. (2, 6), l. 4. §. 6, l. 33. pr. de usurp. (41, 3), l. 215. de V. S. *Gai.* II. §. 45. 49, *Gell.* N. A. XVII. 7, *Wetzell*, lex XII tabul. rer. furtivar. usucapionem prohibet. Monach. 1840. Die Erzeugnisse einer gestohlenen Sache sind dagegen an sich nicht der Usukapion entzogen, l. 4. §. 19, l. 10. §. 2, l. 33. pr. de usurp., l. 11. §. 4. de Publ. in rem. act. (6, 2), l. 26. de V. S., sie müßten denn selbst dadurch zu gestohlenen Sachen geworden sein, daß sie von einem malae fidei possessor, namentlich von dem Diebe selbst perzipirt wurden, l. 4. §. 19. de usurp.; und nur bei Sklavenkindern und Thierjungen tritt insofern eine Ausnahme ein, daß dieselben schon dann als res furtivae anzusehen sind, wenn sie nur bei dem Diebe (was aber nicht auch auf die Erben des Diebes auszudehnen ist, l. 10. §. 2. de usurp.) im Mutterleib waren, sollten sie auch bei einem bonae fidei possessor geboren sein, l. 48. §. 5. de furt. (47, 2), l. 26. de statu homin. (1, 5), l. 12. C. de furt. (6, 2); vgl. *Donell.*, comm. jur. civ. lib. V. c. 25. 26, *Amaya,* obss. lib. III. c. 1, *Altamiran.*, comm. ad Scaev. quaest. lib. XI. ad leg. 10. §. 2. de usurp. (in Meerm. thes. II. p. 506 sqq,), *Majans.*, disputt. jur. tom. II. disp. 67, *v. d. Kessel,* de usuc. part. et foetus rei furt. Lugd. Bat. 1761 (auch in Oelr. thes. diss. jurid. vol. I. diss. 15), *Ditmar,* ad leg. Atin. p. 41 sqq., Unterholzner a. a. O. I. §. 67, Schirmer, Grundidee S. 129 fgg. und in der Gieß. Zeitschr. N. F. XV. S. 302 fgg., Janke, Fruchtrecht. Erl. 1862. S. 53 fgg. — Der Makel der Furtivität wird purgirt, und die Sache also wieder verjährbar, wenn dieselbe

a) in die potestas des Eigenthümers zurückkehrt, §. 8. J. de usurp. (2, 6), §. 12. J. de oblig. quae ex del. (4, 1), l. 4. §. 6. 12. 21, l. 49. de usurp. (41, 3), l. 7. §. 3. 7. pro emt. (41, 4), l. 84. de furt. (47, 2), l. 215. de V. S. Ist die Sache nur in den Besitz eines Stellvertreters zurückgekehrt, so genügt dies an und für sich nicht, l. 41. de usurp., sondern es muß auch noch die Kunde des Eigenthümers und resp. des Tutors, von jener Besitzergreifung hinzukommen, es müßte denn sein, daß dem Eigenthümer auch die Entwendung unbekannt geblieben war, in welchem Falle er auch von dem Wiedererwerb keine Kunde zu haben braucht, l. 4. §. 7. de usurp. (welche Stelle von Unterholzner I. S. 231. Note 241. ganz mißverstanden ist; vgl. *Cujac.* ad h. l., Sintenis im ziv. Arch. XVIII. S. 299 fgg. und Schirmer in seiner Ausg. von Unterh. S. 225. Not. 241; Huschke in der Gieß. Zeitschr. N. F. II. S. 137 fgg. will die Schwierigkeiten dieser Stelle dadurch beseitigen, daß er Statt: „nec enim *sufficit*“ lesen will: „nec enim *officit*“, eine Emendation, die bereits an Sell S. 170. Anm. und Böcking S. 79. Not. 10. Vertheidiger gefunden hat, aber m. E. entschieden unzulässig ist, vgl. auch Schirmer, Grundidee S. 158, Pagenstecher S. 269). Dieselbe Unterscheidung muß auch eintreten, wenn der Stellvertreter selbst die Sache entwandte und nachher wieder in das alte Verhältniß zurückführte, denn die Worte der l. 4. §. 10. de usurp.: „sive ignorante me sive sciente ea gesta sint“, sind gewiß in Gemäßheit der l. 4. §. 7. und §. 8. eod. so auszulegen, daß wenn der Deponent um das furtum wußte, er auch von der Reue Kenntniß haben muß, während im umgekehrten Falle sein Nichtwissen der letztern unschäd-

lich ist. — Daraus nun, daß die gestohlene Sache usukapionsfähig wird, wenn sie in potestatem domini revertitur, erklärt sich auch vollkommen, daß, wenn der Eigenthümer an seiner eigenen Sache einen Diebstahl begeht, indem er sie dem bonae fidei possessor, dem Usufruktuar, Pfandgläubiger u. dgl. entwendet, kein Usukapionshinderniß entsteht, *Paul.* l. 20. §. 1. de furt. (47, 2):

> „Si bona fide rem meam emeris, eamque ego subripuero, vel etiam tuus ususfructus sit, et eam contrectavero, tenebor tibi furti actione, etsi dominus rei sum. Sed his casibus usucapio quasi furtivae rei non impedietur, quoniam et si alius subripiat et in meam potestatem reversa res fuerit, usucapietur";

vgl. auch *Paul.* l. 4. §. 21. de usurp. und *Modestin.* l. 5. pro emt. (41, 4). Augenscheinlich paßt dies aber nur für den Fall, wenn der Verpfänder eine zum Faustpfand gegebene Sache dem Gläubiger stielt, und in dem andren Fall, wenn der Verpfänder sich dadurch eines Diebstahls schuldig macht, daß er eine mit einer Hypothek belastete bewegliche Sache veräußert (vgl. §. 384. Anm.), kann begreiflich von einem reverti in potestatem domini, und also von einer purgatio vitii keine Rede sein; vgl. l. 6. C. de usuc. pro emt. (7, 26):

> *Philipp.* „Cum sit probatum, rem pignori fuisse obligatam et postea a debitore distractam: *palam est, non potuisse eam quasi furtivam usucapi*",

welche Stelle hiernach mit den oben angeführten Gesetzen in keinem Widerspruche steht, vgl. auch *Cujac.* in tit. de usurp. et usuc. ad l. 4. (tom. I. p. 1115), in libr. LIV. Paul. ad Edict. ad l. 4. §. si rem und §. si tu me D. de usurp. (tom. V. p. 730. 732), Notae in libr. VII. Cod. ad leg. 6. cit. (tom. x. p. 690), *Pacius*, Enantioph. cent. VI, conc. 98, *Retes* ad leg. Atin. §. 37. (bei Meerm. VI. p. 486), Mühlenbruch, Lehrb. §. 261. Not. 14, Bachofen, Pfandr. I. S. 61 fgg. Not. 9, Huschke in der gesch. Zeitschr. XIV. S. 257. (Ueber verschiedene andere Auslegungen der l. 6. C. cit. vgl. die Nachweisungen bei *Ditmar* ad leg. Atin. p. 58 sqq. und dazu Unterholzner, Verj. I. §. 71, Puchta, Lehrb. §. 158. Not. k, Rudorff, Grundr. S. 124. a. E., Arndts, Lehrb. §. 162. Anm. 3. bei lit. c., Schirmer, Grundidee S. 175 fgg.). — Größeres Bedenken macht die l. 49. de usurp.

> *Paul.* „Si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paulus: imo forsitan et contra; nam si id, quod mihi pignori dederis, subripueris, *erit ea res furtiva facta, sed simul atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit*";

indem hier Paulus im Widerspruch mit seiner eigenen, in l. 4. §. 21. de usurp. und l. 20. §. 1. de furt. vorgetragenen Lehre anzunehmen scheint, daß dann, wenn der Verpfänder die verpfändete Sache dem Pfandgläubiger stielt, allerdings ein Usukapions-Hinderniß entstehe, und dieses erst dann wegfalle, wenn die gestolne Sache wieder in den Besitz des Pfandgläubigers zurückgekommen sei. Mir scheint es das Natürlichste zu sein, hier einen Fall zu supponiren, in welchem ein Nichteigenthümer die von ihm verpfändete Sache dem Pfandgläubiger entwendet hat, denn unter dieser Voraussetzung ist die Entscheidung des Juristen durchaus konsequent, und mit seinen übrigen Aussprüchen — in

denen offenbar ein verpfändender Eigenthümer vorausgesetzt wird — in vollem Einklang, und in der That ist auch geflissentlich in dieser Stelle jede Hindeutung auf ein Eigenthumsrecht des Verpfänders vermieden; vgl. auch *Pacius* cit., *Amaya*, obss. II. 8. n. 23, Unterholzner, Puchta, Arndts an den aa. OO., Schmid, Handb. S. 203 fgg. Not. 28, Sell S. 169. Anm., Boecking S. 78. Not. 5. u. A. m. Doch sind die Ansichten über diese l. 49. sehr verschieden; vgl. z. B. *Cujac.* ad l. 4. de usurp. (I. p. 1115), *Donell.*, comm. jur. civ. V. 28. §. 10, *Pulv.*, ad leg. Atin. c. 14. (in Otton. thes. IV. p. 339 sqq.), *Retes*, ad leg. Atin. §. 36. (bei Meerm. VI. p. 485 sqq.), *Ditmar*, ad leg. Atin. p. 56 sqq., Mühlenbruch §. 261. Not. 14, Huschke in der gesch. Zeitschr. XIV. S. 258 fgg. Not. 117, Schirmer, Grundidee S. 191 fgg., Pagenstecher II. S. 270 fg. u. A. m.

b) Wenn ein Nichteigenthümer eine fremde Sache einem Dritten zum Pfandrecht oder Nießbrauch gegeben, und dieselbe dann selbst dem Pfandgläubiger oder Nießbraucher entwendet hat: so kann in diesem Falle eine purgatio vitii auch schon dadurch eintreten, daß die Sache nur in die potestas des Bestolnen zurückkehrt, vgl. die vorher erklärte l. 49. h. t. Wenn ich in früheren Ausgaben dieses Lehrb. aus dieser Stelle mit Unterholzner I. §. 68. den generellen Satz ableitete, daß überhaupt dann, wenn die Sache dem Pfandgläubiger, Usufruktuar u. dgl. gestolen worden sei, es nicht auf die potestas des Eigenthümers ankomme, sondern die Rückkehr in den Besitz des Bestolnen genüge: so muß ich jetzt diesen Satz zurücknehmen, da demselben sehr entschieden die l. 4. §. 6. h. t. widerspricht:

> *Paul.* „Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem ejus, cui surrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in ejus utique, cui surreptum est. *Igitur creditori surrepta* et ei, cui commodata est, *in potestatem domini redire debet*“;

denn die Annahme, in dieser Stelle werde vorausgesetzt, daß der Bestolne nicht mehr in dem früheren Verhältniß zu der gestolnen Sache stehe, ist doch offenbar willkürlich; vgl. auch Puchta, Lehrb. §. 158. Not. i. und l., Schmid, Handb. S. 204 fgg. Not. 29, Arndts, Lehrb. S. 228. lit. b.

c) Für den Fall, daß die Sache einem bonae fidei possessor gestolen wird, findet sich bei ältern und neuern Juristen nicht selten die Behauptung, daß hierbei die Rückkehr in die Potestas des Eigenthumsbesitzers genüge, vgl. z. B. *Majans.*, de lege Atin. §. 16, Unterholzner I. §. 68. 74, Schmid, Handb. S. 204. Not. 29, Schirmer, Grundidee S. 146 fgg. und dafür beruft man sich insbesondere auf l. 6. §. 3. de precar. (43, 26):

> *Ulp.* „Julianus ait, eum, qui vi alterum dejecit, et ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere et incipere precario, neque existimare, sibi ipsi causam possessionis mutare, quum voluntate ejus, quem dejecit, coeperit precario possidere; nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emtore posse dominium capere“.

Aus den letzten Worten gehe nämlich hervor, daß der Käufer blos in Usukapionsbesitz komme, und also der Dejektus nicht Eigenthümer gewesen sein könne, und

dennoch werde durch die Rückkehr in den Besitz des Dejektus das Vitium purgirt. In der That scheint mir aber jene Folgerung aus den Schlußworten keineswegs eine nothwendige zu sein, indem dieselben nicht gerade von einem Usukapions-Besitz pro emtore, sondern auch eben so gut von einem Eigenthums-Besitz pro emtore verstanden werden können, vgl. auch l. 33. §. 1. de usurp., ohne daß man nöthig hätte, Statt der Worte: incipere etiam pro emtore posse dominium capere mit Cujacius zu lesen: inc. et pro emt. *possessionis* dominium capere oder: inc. et pro emtore *possidere*, vgl. *Cujac.*, Obss. XXIV. 13. und in libr. LIV. Paul ad Edict. ad l. 4. §. si tu me D. de usurp. (tom. V. p. 732 sqq.). Die richtige Ansicht ist gründlich vertheibigt von *Amaya*, Observat. II. c. 8. und von *Retes* ad leg. Atin. §. 34. 35. (bei *Meerm.* VI. p. 485), welcher Letztre noch die gewiß richtige Bemerkung macht, daß Julian wohl einen Fall vor Augen gehabt habe, in welchem keine mancipatio des verkauften fundus Statt gefunden, und darum blos bonitarisches Eigenthum übergegangen sei, so daß in diesem Sinn allerdings von einem Usukapionsbesitz pro emtore die Rede sein konnte, vgl. auch *Ditmar* ad leg. Atin. p. 62 sqq. Die Erklärung der l. 6. §. 3. cit., welche Arndts, Lehrb. a. a. O. lit. b. zur Vertheidigung der richtigen Ansicht andeutet, halte ich für irrig.

Es wird aber eine Sache als in die Potestas des Eigenthümers oder des Bestohlenen zurückgekehrt angenommen, wenn dieselbe 1) wirklich in den Besitz desselben gelangt ist, und zwar in der Art „ut avelli non possit", l. 4. §. 12. 26. de usurp., und daß derselbe das Bewußtsein hat, daß dies gerade die ihm gehörige und gestohlene Sache sei, l. 4. §. 12. cit., l. 7. §. 7. pro emt. (41, 4), l. 86. de furt. (47, 2); 2) wenn es nur von ihm abhängt, sich diesen Besitz durch eine Klage zu verschaffen, „si rei vindicandae potestatem habuerit", l. 215. de V. S.; 3) wenn der Dominus durch eine rechtliche Disposition (z. B. durch Annahme der litis aestimatio, durch Verkauf, Schenkung u. dgl.) sein Eigenthum auf den Besitzer übertragen hat, l. 4. §. 13. 14, l. 32. pr. de usurp., l. 84. de furt., und konsequent scheint dies auch auf den Fall angewendet werden zu müssen, wenn ohne den konkurrirenden Willen des Eigenthümers das Eigenthum auf den Besitzer übergegangen ist; aber gerade für einen Hauptfall dieser Art, nämlich für die Spezifikation, finden wir eine entgegengesetzte Entscheidung, l. 4. §. 20. de usurp.: „si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva erit", was damit zusammenhängt, daß in solchen Fällen auch noch die condictio furtiva zuständig ist, l. 13, l. 14. §. 3. de cond. furt. (13, 1), l. 52. §. 14. de furt. (47, 2).

Vgl. überhaupt *Pulvaei,* ad leg. Atiniam lib. singul.; in Otto thes. IV, p. 326 sqq., *de Retes,* ad leg. Atin., Jul. et Plaut.; in Meerm. thes. VI. p. 478 sqq., *Majans.*, de legib. Atin., Jul. et Plaut.; in Disput. II. nr. 66, *a Ditmar,* comm. jurid. ad legis Atiniae de rer. furtivar. usucapione historiam et interpretationem observationes continens. Heidelb. 1818, Unterholzner I. §. 59 fgg., Schirmer, Grundidee S. 120 fgg., Heimbach a. a. O. S. 393 fgg.

5) Res vi possessae (aber nicht auch vi amissae, l. 4. §. 22, l. 33.

§. 2. de usurp.), nach den leges Julia et Plautia, *Gai.* II. 45. §. 2. J. de usuc. (2, 6) l. 33. §. 2. de usurp. Das hierdurch entstehende vitium rei wird auf dieselbe Weise purgirt, wie bei gestohlenen Sachen, §. 8. J. de usuc., l. 33. §. 2. de usurp., l. 86. de furt., l. ult. de vi bonor. raptor. (47, 8), l. 5. C. de usurp. pro emt. (7, 26). Wenn doch hierbei Viele nach dem Vorgange der Glosse einen Unterschied insofern annehmen wollen, daß bei res vi possessae schon eine Rückkehr in die Potestas des Bestohlenen genüge, und wenn sie sich dafür auf l. 6. §. 3. de precar. (43, 26) berufen: so ist die richtige Auslegung dieses Gesetzes schon vorher bei 4. c. angedeutet, und damit das einzige Fundament jener gewiß irrigen Unterscheidung beseitigt worden.

6) Wenn ein malae fidei possessor Mobilien veräußert, so begeht er ein furtum, §. 3. J. de usuc. (2, 6), l. 16. C. de furt. (6, 2), und die veräußerte Sache ist also als res furtiva der Usukapion entzogen. Sind aber Immobilien von einem m. f. possessor veräußert, so sollen auch diese nach Justinian's Verordnung in Nov. 119. c. 7. der ordentlichen Verjährung entzogen sein, wenn nicht der wahre Eigenthümer von dieser Veräußerung Kunde erhält; und zwar muß man, wenn auch nicht nach den Worten, aber gewiß nach dem Geiste dieser Verordnung die Verjährung nicht blos bei dem ersten Erwerber, sondern auch bei jedem folgenden bonae fidei possessor ausschließen. Dieses vitium rei wird purgirt, sobald der Eigenthümer die mit seinen Sachen vorgenommene Veräußerung erfährt.

7) Wenn der Onerirte eine legirte Sache veräußert hat, einerlei ob es ein legatum purum oder conditionale ist, so ist nach der Verordnung Justinian's in l. 3. §. 3. C. de legat. (6, 43) die Verjährung ausgeschlossen, und der Legatar kann also nach Eintritt des dies oder der conditio unbesorgt die Sache abholen, „nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo".

8) Nach der lex Julia repetundarum sind alle Sachen, welche auf einen Provinzial-Statthalter contra legem repetundarum unter irgend einem Titel übertragen sind, der Verjährung entzogen, l. 8. de lege Jul. repet. (48, 11), l. 48. pr. de adqu. rer. dom. (41, 1). Das Vitium wird wie bei res furtivae durch die Rückkehr in potestatem domini purgirt, l. 8. §. 1. de lege Jul. repet.

9) Auch fremde Baumaterialien sind, so lange sie mit dem Gebäude verbunden bleiben, der Verjährung entzogen, was sich von selbst daraus erklärt, weil der Eigenthümer nicht die Befugniß hat, die Trennung und Herausgabe derselben zu verlangen, vgl. §. 204. Anm. 2. geg. E. S. 374 fgg.

10) Bei Regulirung von Grenzstreitigkeiten mittelst der actio finium reg. wird eine Berufung eines der Nachbarn auf ordentliche Eigenthums-Ersitzung nicht zugelassen, während allerdings dreißigjährige Verjährung Platz greift, l. 6. C. fin. reg. (3, 39): „Cunctis molitionibus et machinationibus amputatis, decernimus, in finali quaestione non longi temporis, sed XXX tantum annorum praescriptionem locum habere". Vgl. das Nähere hierüber §. 658. Anm. —

Mehrere unter den bisher dargestellten Fällen hängen mit einer allgemeinen Regel zusammen, die hier noch schließlich zu berühren ist. Da nämlich

„alienationis verbum etiam usucapionem continet, vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi", l. 28. pr. de V. S., so muß es sehr natürlich scheinen, daß wenn das Gesetz die Veräußerung einer Sache verbietet, dies auch zugleich als Usukapions-Verbot aufgefaßt werden muß; vgl. auch l. 16. de fundo dotali (23, 5): „— — nam licet lex Julia, quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad hujusmodi acquisitionem [scil. longi temporis possessionem] — —", und arg. l. 12. §. 4. de Public. in rem act. (6, 2): „Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem praetor tuetur, ne contra leges faciat". Vgl. Unterholzner I. §. 32. Not. 119, Schirmer, Grundidee S. 51 fg. S. 204 fgg.; s. jedoch auch Gans, Scholien zu Gai. S. 252, Puchta, Lehrb. §. 158. a. E., Fritz, Erläutr. zu Wening S. 326, Savigny IV. S. 565 fgg. Wenn man nicht selten für res litigiosae eine Ausnahme von diesem Grundsatz annimmt, und sie für ersitzbar erklärt, so läßt sich dies schwerlich rechtfertigen, da in der dafür angeführten l. 1. C. de praescr. l. t. (7, 33) nur von dem Falle die Rede ist wenn durch Liegenlassen des Prozesses die Litigiosität wieder aufgehört hat („post mortem et omissam quaestionem"). — Vertragsmäßige und richterliche Veräußerungs-Verbote hindern aber die Verjährung nicht, vgl. auch l. 12. de usurp.: Si ab eo emas, quem praetor vetuit alienare, *idque tu scias*, usucapere non potes (a. M. ist Schmid I. S. 211 fgg. Anm. 51.), und auch von einem testamentarischen Verbote muß man gewiß dasselbe sagen, sofern nicht dasselbe mit einem gesetzlichen koinzibirt (vgl. oben §. 299. Anm. Nro. 3), denn in l. 2. C. de usuc. pro emt. (7, 26) ist sicher blos eine nicht auszudehnende Singularität für den Fall ausgesprochen, wenn der Testator den Vormündern des eingesetzten Erben die Veräußerung einer Sache verboten hat, s. auch Unterholzner I. §. 38.

Zu beachten ist hier übrigens noch, daß nach dem unzweideutigen Ausspruch von Pomponius in l. 32. §. 1. de usurp.:

> „Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen ejus usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in jure erranti non procedat usucapio"

schon die irrige Meinung über das Dasein eines Usukapions-Verbotes die Usukapion ausschließt. Wenn Pomponius dies auch durch den Rechtssatz: „in jure erranti non procedit usucapio" begründen will (s. auch Savigny, Syst. III. S. 371. Not. a.), so ist dies freilich nicht wohl begreiflich. Jener Rechtssatz hat doch offenbar nur die Bedeutung, daß eine auf Rechtsirrthum basirte *bona* fides zur Usukapion nicht genügen soll, daß also, so zu sagen, im Falle des Rechtsirrthums plus in re est, quam in existimatione. In Anwendung auf unsren Fall würde dagegen jenem Rechtssatze der völlig andre Sinn beigelegt werden müssen, daß eine durch Rechtsirrthum hervorgerufene *mala* fides der Usukapion hinderlich sein solle, obwohl ohne diesen Irrthum ihre Voraussetzungen begründet wären, daß also wegen des Rechtsirrthums plus in existimatione est, quam in re, vgl auch Stintzing, das Wesen der bona fides S. 75 fgg.

S. 85 fg., Scheurl II. S. 60 fgg. So bleibt also nur der zweite von Pomponius angeführte Grund, nämlich die mala fides, übrig, und dabei müssen wir uns wohl beruhigen, obwohl ein prinzipieller Widerspruch mit anderweiten Entscheidungen (vgl. §. 319. Anm. a. E.) kaum zu verkennen ist, vgl. auch außer Stintzing und Scheurl a. d. aa. OO. noch Böcking, Pand. II. §. 147. Not. 4. und Schirmer cit. XV. S. 237 fgg. — Uebrigens wird sich im Rechtsleben kaum ein reiner Anwendungsfall der l. 32. cit. ergeben können. Weiß nämlich der Erwerber, daß er noch einer Usukapion bedarf, daß er also eine fremde Sache erworben hat, so ist er schon blos deßwegen, wegen mangelnder bona fides, von der Usukapion ausgeschlossen, und es ist also indifferent, ob er darneben auch noch die irrige Ansicht hat, daß ein Usukapions-Verbot vorliege; glaubt er aber, daß er wirklich Eigenthum erworben habe, so ist es unmöglich, daß er ein auf seinen Erwerbsfall anwendbares Usukapions-Verbot annimmt, eben weil ja seiner Ansicht nach von einer Usukapion gar keine Rede ist.

b) Qualifizirter Besitz.

α) Juristischer Besitz. §. 318.

1) *Licin. Rufin.* l. 22. de usurp.: Sine possessione usucapio contingere non potest.

2) *Paul.* l. 13. pr. eod.: Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.

Anm. Da der juristische Besitz die wesentliche Grundlage aller Usukapion ist, so muß natürlich die früher gegebene Darstellung der Lehre vom Besitz bei der Verjährung in vielfacher Weise zur Anwendung kommen. Wer nicht besitzen kann, kann auch nicht verjähren; Sachen die nicht besessen werden können, können eben darum auch nicht durch Verjährung erworben werden, und namentlich sind also die Grundsätze über die Verjährbarkeit von Begriffsganzen, von zusammengesetzten Sachen und von einzelnen Theilen einer Sache, ganz aus der Lehre vom Besitz zu entnehmen. Eben so kann auch eine Verjährung nicht eher anfangen, als der Besitz erworben ist, und es sind also die Grundsätze von Erwerbung des Besitzes, namentlich auch vom Erwerb durch Stellvertreter hier von entscheidender Wichtigkeit; und von nicht geringerer Erheblichkeit sind die Prinzipien über den Verlust des Besitzes, da mit dem Aufhören des Besitzes auch die Verjährung unterbrochen wird. Endlich muß auch die Frage: ob und in wieweit bei dem abgeleiteten Besitze eine Verjährung vorkommen könne? aus den früher dargestellten Prinzipien über den abgeleiteten Besitz beantwortet werden.

β) Titulus.

Stintzing, das Wesen der bona fides und titulus in der römischen Usuk. Lehre. Heidelberg 1852, Schirmer in der Gießer Zeitschr. N. F. XVI. S. 1 fgg.

αα) Im Allgemeinen. §. 319.

Nerat. l. 5. §. 1. pro suo (41, 10): Sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio. Quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum, aut ejus, cujus in locum hereditario jure successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est. — Vgl. *African.* l. 11. pro emt. (41, 4): Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat, se quid emisse, nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emtor habeat. Nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur.

Anm. Ob auch ein s. g. titulus putativus zur Verjährung hinreiche, ist noch h. z. T. bestritten. So viel zwar kann nicht geleugnet werden, daß dann, wenn auch der Tradent den irrigen Titel anerkennt, die Usukapion unbedenklich Statt findet, l. 48. init. de usurp., l. 3, l. 4. §. 2. pro suo (41, 10), und eben dies ist auch dann der Fall, wenn wirklich ein Titel vorhanden ist, der Usukapient sich aber einen andern denkt, l. 31. §. 6, l. 44. §. 4. de usurp., l. 2. §. 2. fin. pro emtore (41, 4). Für andere Fälle stellt aber z. B. noch Seuffert, Erörtr. II. S. 29 fgg. die Ansicht auf, unter den römischen Juristen habe hierüber Streit geherrscht; die eine Parthei habe den titulus putativus ganz ausgeschlossen, die andere aber denselben im Fall eines entschuldbaren Irrthums zugelassen. Justinian aber habe in §. 11. J. de usuc. diesen Streit zu Gunsten der ersten Parthei entschieden, und es sei also h. z. T. der titulus putativus nicht mehr hinreichend, vgl. auch Göschen, Vorles. §. 259. — Gewiß aber ist das Verhältniß unserer Gesetze anders. Als Regel wird nämlich allerdings mehrfach der Satz hingestellt, daß nur ein titulus verus zur Usukapion hinführen könne, vgl. außer §. 11. J. cit. auch noch l. 27. de usur., l. 1. pro donato (41, 6), l. 6. pro derelicto (41, 7), l. 4. C. de usuc. pro herede (7, 29), l. 5. C. de praescript. longi temp. (7, 33). Mit Anerkennung dieser Regel wird aber in l. 11. pro emt. und l. 5. §. 1. pro suo, die Ausnahme hinzugefügt, wenn ein entschuldbarer error facti vorhanden sei, und an einen wahren Widerstreit der Gesetze ist also in der That nicht zu denken; s. auch Unterholzner I. §. 103, Savigny, System III. S. 374, Sintenis I. S. 506 fgg., Schmid I. S. 214 fgg., Stintzing a. a. O. S. 89 fgg., Scheurl II. S. 75 fgg. — Es gilt aber auch umgekehrt das Prinzip, daß dann, wenn ein zur Usukapion geeigneter Titel wirklich vorhanden ist, der Irrthum des Erwerbers unschädlich sein soll, so daß also die Usukapion vor sich

geht, obwohl dies nach der irrigen Ansicht des Erwerbers nicht der Fall wäre, l. 2. §. 2. pro emtore (41, 4):

> *Paul.* „Si sub conditione emtio facta sit, pendente conditione emtor usu non capit, idemque est, et si putet conditionem extitisse, quae nondum extitit; similis est enim ei, qui putat se emisse. *Contra si extitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum*".

Interessante Anwendungen davon kommen namentlich in l. 3. pro donato (41, 6) und l. 25. de donat. inter v. et u. (24, 1) vor. Vgl. auch Stintzing a. a. O. S. 73 fgg., Scheurl S. 54 fgg., Schirmer XVI. S. 13 fgg.

ββ) Von einzelnen Titeln insbesondere. §. 320.

Dig. XLI. 4. pro emtore, XLI. 5. pro herede vel pro possessore, XLI. 6. pro donato, XLI. 7. pro derelicto, XLI. 8. pro legato, XLI. 9. pro dote, XLI. 10. pro suo. — Cod. VII. 26. de usuc. pro emtore vel transactione, VII. 27. de usuc. pro donato, VII. 28. de usuc. pro dote, VII. 29. de usuc. pro herede.

Anm. 1. Die alte usucapio pro herede (vgl. Unterholzner und Schirmer I. §. 106 fgg. und die dort in Note 366 zahlreich Zitt., und dazu Sell, dingl. R. I. S. 186 fgg., Heimbach im Rechtslex. XII. S. 442 fgg., Pagenstecher II. S. 315 fgg., Zielonacki, drei Abh. aus dem röm. Rechte. Lemberg 1859. S. 1 fgg.), die uns erst aus *Gai.* II. 52 fgg. bekannt geworden ist, bestand darin, daß Jeder aus einem Nachlasse Sachen, bewegliche oder unbewegliche, an sich ziehen und in einem Jahre, ohne alle Rücksicht auf bona oder mala fides, ersitzen konnte. Wenn es auch gewiß ist, daß durch das von Gaius II. 57. angeführte Senatuskonsult dieselbe nicht sowohl aufgehoben, als vielmehr nur ihrer Wirksamkeit dem wahren Erben gegenüber beraubt wurde, und wenn auch noch manche Stellen in den Pandekten auf diese lucrativa usucapio hinweisen (vgl. Huschke in der gesch. Zeitschrift XIV. S. 212 fgg.); so muß dieselbe doch unzweifelhaft im Justinianischen Rechte als weggefallen angesehen werden; und da hier auch eine zweite Spezies der usucapio pro herede, nämlich die des bonorum possessor, um quiritarisches Eigenthum zu erwerben, nicht mehr vorkommen kann, so bleiben als Fälle einer solchen usucapio übrig:

1) wenn der wirkliche Erbe eine Sache für eine Erbschaftssache hält, die es wirklich nicht ist, l. 3. pro herede (41, 5), in welchem Falle aber doch eigentlich nicht sowohl eine usucapio pro herede, als vielmehr eine usucapio *pro suo* Statt findet, Unterholzner I. S. 373 (Ausg. von Schirmer S. 363), Mühlenbruch, Lehrbuch §. 262. Note 9, Puchta, Vorles. I. zu §. 175, Huschke in der geschichtl. Zeitschrift XIV. S. 182 fgg. und A. m. Jedenfalls muß aber hier die Schranke zugefügt werden, daß die Sache noch nicht im Besitz des Erblassers gewesen sein darf. Denn ist dies der Fall, so befand sich der Erblasser entweder in conditione usucapiendi und dann usukapirt allerdings der Erbe, aber nicht pro herede, sondern er setzt den Titel des Erblassers fort,

(vgl. auch l. 19. §. 1. de H. P.: „si pro emtore usucapio ab herede impleta sit"), oder der Erblasser befand sich nicht in der Lage, usukapiren zu können, und dann kann es auch der Erbe, trotz seiner eigenen bona fides, nicht, vgl. bes. l. 11. de divers. temp. praescr. (44, 3), l. 4. C. pro herede (s. auch unten §. 322. Anm.).

2) Wenn ein non heres aus einem entschuldbaren faktischen Irrthum Erbe zu sein glaubt, vgl. bes. l. 33. §. 1. de usurp. — Ausnehmend bestritten ist aber hierbei die Frage, ob eine solche Verjährung auch gegen den wirklichen Erben wirksam sei, oder nicht? Die herrschende Lehre nimmt das Erstere an, vgl. z. B. Unterholzner I. §. 107. (der aber nachher die Meinung zurücknahm, s. unten), Roßhirt im zivil. Archiv IX. Nro. 1, und in seiner Zeitschrift I. S. 121 fgg., v. Savigny in der Zeitschrift für geschichtl. Rw. V. S. 21 fgg., Göschen, Grundr. S. 127, Vorles. §. 261. S. 123, Fritz, Erläutrungen zu Wening S. 332 fgg., und in seiner Ausgabe dieses Lehrbuchs §. 132 u. A. m. Doch aber haben sich in neuerer Zeit nicht Wenige für die entgegengesetzte Ansicht erklärt, vgl. Arndts im Rhein. Mus. II. S. 125 fgg. und in seinen Beiträgen zu verschiedenen Lehren des Zivilr. und Zivilpr. Heft I. Bonn 1837. S. 75 fgg., Fabricius im Rhein. Museum IV. S. 195 fgg., Unterholzner ebendas. V. S. 26 fgg., v. Löhr im ziv. Archiv XII. S. 85. Anm. 2, *Peucerus,* de usuc. pro herede natura. Jen. 1835. §. 6. 20, Wening in der 4ten Auflage des Lehrbuchs §. 132, Thibaut, Syst. 8te Auflage. §. 1013, Schilling, Lehrbuch für Institut. und Rg. Bd. II. S. 567. Note n. und S. 572. Note h, *Wetzell,* lex XII. tab. rer. furt. usuc. proh. p. 41 sqq., Mühlenbruch, Lehrb. §. 262. Note 8, Sintenis I. S. 505. Note 52, Schmid I. S. 218 fgg. Note 71, Huschke in der geschichtl. Zeitschrift XIV. S. 216 fgg., Sell §. 43. 47. 48, Pagenstecher II. S. 316 fgg., Windscheid, Lehrb. §. 179. Note 3 u. A. m. und wirklich scheint mir auch dieselbe allein haltbar zu sein. Es kommt dabei auf folgende wesentliche Punkte an:

a) Durch das bekannte Hadrianische SC. in l. 20. §. 6. de H. P., wodurch die ganze hereditatis petitio so wesentlich umgebildet wurde, wurde verordnet, daß bonae wie malae fidei possessores Alles restituiren sollten, quo locupletiores facti sunt ex ea re, so, daß gesagt werden konnte: Post SCtum omne lucrum auferendum esse tam b. f. possessori, quam praedoni dicendum est, l. 28. de H. P. Muß man nun anerkennen, daß auch die Usukapion der Erbschaftssachen als ein solches lucrum anzusehen sei, so muß auch derjenige, welcher durch Usukapion Eigenthümer geworden ist, dem mit der H. P. auftretenden wirklichen Erben die usukapirte Sache herausgeben.

b) Daß man aber auch wirklich diese Anwendung von jenem Senatsbeschlusse machte, geht aus Gai. II. 57. hervor, denn darnach ist durch ein Hadrianisches SCtum, welches doch gewiß nur das vorher erwähnte ist, verfügt: der mit der H. P. auftretende Erbe solle von dem Besitzer „perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset". Diesen Ausspruch blos auf die alte usucapio pro herede des praedo beziehen zu wollen, geht aber um so weniger an, als jener Senatsbeschluß auch sonst die bonae und malae fidei possessores zusammenfaßte, l. 20. §. 6, l. 28. de H. P.

c) Sehr bestimmt geht aber auch dies Resultat aus l. 1. quor. bonor. (43, 2) hervor, wornach der mit dem interdictum quorum bonorum Belangte das herausgeben soll, „quod pro herede aut pro possessore possidet, *possideretve, si nihil usucaptum esset*". Gewöhnlich will man jetzt mit v. Savigny a. a. O. bei dem possideretve nur das pro possessore, nicht auch das pro herede subintelligiren, so daß der Prätor hier blos von der improba usucapio, nicht von der des b. f. possessor spreche. Aber abgesehen davon, daß dies schon grammatisch nicht gerechtfertigt werden kann, so entstände dadurch auch ein Resultat, wornach diese Worte aus blosem Unverstand der Kompilatoren aufgenommen wären, was zwar freilich nicht beispiellos, aber doch ohne Noth nicht anzunehmen ist. Legt man sie ungezwungen aus, so entsteht das auch für das Justinianische Recht vollkommen anwendbare Resultat, daß die usucapio pro herede gegen das interdictum quorum bonorum, und also gewiß auch gegen die hered. petit. nicht schützen kann.

d) Ganz bestimmt und deutlich wird in zwei Koderstellen, nämlich in l. 7. C. de pet. hered. (3, 31) und l. 4. C. in quib. caus. cessat l. t. praescr. (7, 34), ausgesprochen, daß die longi temporis praescriptio gegen die H. P. nichts helfen kann. Welche bringende Vermuthung dadurch begründet werde, daß es sich auch bei der usucapio nicht anders verhalten habe, leuchtet von selbst ein.

e) Man könnte aber einwenden, wie unter jener Voraussetzung es schwer zu begreifen sei, daß noch im Korp. jur. von einer usucapio pro herede von Seiten des putativen Erben gesprochen werde. Dieser Einwand fällt aber von selbst hinweg, wenn man nur bedenkt, daß ja die usucapio pro herede nicht ganz aufgehoben, sondern nur in ihrer Wirksamkeit gegen den wahren Erben beschränkt ist. Abgesehen hiervon hat sie ganz die gewöhnlichen Wirkungen, und es steht also dem, welcher eine solche Usukapion vollendet hat, nicht nur eine vindicatio gegen den dritten Besitzer zu, sondern er kann auch namentlich volles Eigenthum an einen Dritten übertragen.

f) Viel Gewicht hat man für die herrschende Lehre noch auf einige Gesetze gelegt, die aber wirklich unbedeutend sind, denn in l. 2. C. quor. bonor. (8. 2) beziehen sich die Worte: si negotium integrum est, gewiß nicht auf die Usukapion, sondern sie wollen nur sagen, wenn noch keine res judicata vorhanden, oder auch, wenn noch keine andere Klage angestellt ist; und in l. 3. C. de edicto D. Hadr. toll. (6, 33) ist wohl nur von der praescr. XXX annorum die Rede.

Anm. 2. Bei Weitem am häufigsten wird der zur Usukapion hinführende Besitz durch Tradition erworben, und so vielfach die justae causae traditionis sein können, so vielfache tituli usucapionis kann es geben, sei es, daß eine Sache in den Eigenthums-Besitz übertragen wird, um eine Obligation zu erfüllen (z. B. tit. pro emtore und der generelle Titel pro soluto, l. 46. 48. de usurp., l. 2. pro emt.), oder um eine solche zu begründen (z. B. tit. pro dote), oder um zu schenken (tit. pro donato). Hervorzuheben sind hier:

1) der titulus *pro emtore*. Als eine Eigenthümlichkeit dieses Titels führt Paulus an, daß die bona fides nicht blos im Augenblick der Tradition,

sondern auch im Augenblick des abgeschlossenen Kontrakts vorhanden sein müsse, (über den Grund dieser Eigenheit s. Stintzing a. a. O. S. 113 fgg., Scheurl S. 63 fgg., Schirmer XV. S. 293 fgg., Boecking, Pand. II. §. 147. l.), woraus er dann auch die weitere Folge zieht, daß hierbei auch nicht blos die Meinung gekauft zu haben, genüge, sondern daß ein wirkliches Kaufgeschäft vorausgegangen sein müsse, l. 48. de usurp.:

„Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse. Aliud si putem me ex causa venditi teneri, et ideo tradam; hic enim, nisi auctio [Flor.: *actio*] praecedat, pro emtore usucapio locum non habet. Diversitatis causa in illo est, quod in caeteris causis solutionis tempus inspicitur, neque interest, cum stipulor, sciam alienum esse, nec ne; sufficit enim me putare, meum esse, cum solvis; in emtione autem et contractus tempus inspicitur et quo solvitur, nec potest pro emtore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in caeteris contractibus“; vgl. auch l. 2. pr. pro emt.

Da nun aber doch andere Gesetze auch beim Kauf einen titulus putativus zulassen, „si justam causam erroris emtor habeat“, wie z. B. wenn der, den wir zur Abschließung eines Kaufgeschäfts bevollmächtigten, uns die Sache mit der Versicherung des geschlossenen Kontrakts übergiebt, l. 11. pro emt (41, 4), l. 5. §. 1. pro suo (41, 10), so kann der Sinn jener Paulinischen Stelle wohl nur der sein: bei dem generellen Titel pro soluto genügt es, daß der Empfänger nicht weiß, daß er ein indebitum empfängt; bei dem Titel pro emtore aber ist erforderlich, daß er das positive Bewußtsein eines abgeschlossenen Kaufkontrakts in sich trage, wobei aber doch möglicher Weise diesem Bewußtsein ein Irrthum zu Grunde liegen kann. Diese Auslegung erscheint um so natürlicher, da auch der von Paulus angegebene Grund zu keiner weiteren Folgerung hinführt. — Ist statt des wirklich gekauften Objekts irrthümlich ein anderes übergeben, so findet keine Usukapion Statt, l. 2. §. 6. pro emt.

„Cum Stichum emissem, Dama mihi per ignorantiam pro eo traditus est; Priscus ait, usu me non capturum, quia id, quod emtum non sit, pro emtore usucapi non potest. Sed si fundus emtus sit, et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi, quoniam universitas ejus possideatur, non singulae partes“,

während, wenn Jemand von einem impubes, den er für mündig hält, oder von einem Wahnsinnigen, dessen Wahnsinn er nicht kennt, etwas kauft, allerdings die Usukapion zulässig ist, l. 7. §. 2. de Publ. in rem. act. (6, 2), l. 13. § 1. de usurp., l. 2. §. 15. 16. pro emt. — Da übrigens die Tradition aus dem Grunde eines Kaufgeschäfts bekanntlich nur dann das Eigenthum überträgt, wenn das Pretium bezahlt oder kreditirt ist, so muß dies gewiß auch zum Zweck der Usukapion angenommen werden. Zwar hat Gaius für die Publizianische Klage eine andere Meinung aufgestellt, l. 8. de Publ. in rem act., aber wir sind wohl schwerlich berechtigt, hieraus einen Schluß auf die Usukapion zu ziehen, da eine solche Folgerung den allgemeinen Prinzipien über Usukapion direkt widersprechen

würde, doch sind hier Viele a. M., wie z. B. auch noch Stintzing S. 110 fgg. und Scheurl S. 65 fgg.

2) Der titulus *pro donato*. Hierbei versteht sich von selbst, daß Schenkungen zwischen dem Hauskinde und dem Hausvater, soweit sie verboten sind, auch keine Usukapion begründen können, l. 1. §. 1. pro donato, Unterholzner I. S. 391 fgg., vgl. mit S. 534 fgg., und eben dies ist auch bei Schenkungen unter Ehegatten der Fall, l. 1. §. 2. eod., Unterholzner S. 393 fgg. In der letztren Beziehung sind von bedeutendem Interesse die oben bei §. 225. abgedruckten l. 41. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1) und l. 25. eod., mit welcher letztren Stelle auch noch l. 3. pro donato zu vergleichen ist: „Si vir uxori, vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is, qui donasset non fieret, usucapionem possidenti procedere". Vgl. auch Savigny, Syst. IV. S. 110 fgg. S. 570 fgg. und die oben §. 319. Anm. a. E. Angeff.

Anm. 3. Ob es auch eine Ersitzung auf den Grund eines rechtskräftigen Urtheils gebe, ist bestritten, denn während sich z. B. *Donell.*, comm. jur. civ. lib. V. c. 14. §. 13., Arndts im ziv. Archiv XIII. S. 283 fgg., Sintenis I. §. 57. Note 52, Schmid I. S. 228 fgg. Note 100, Zielonacki, drei Abh. Nr. 3. S. 83 fgg., Brinz, Lehrbuch §. 58 u. A. m. dafür erklären, leugnen dies Unterholzner I. §. 116, Danz in der Gießer Zeitschrift V. S. 273 fgg. (welche letztere Abhandlung speziell gegen die Ausführungen von Arndts gerichtet ist), Puchta, Vorles. I. §. 157, Stephan im ziv. Archiv XXXI. S. 353 fgg., Boecking, Pand. II. S. 91. Note 28, Sell, Eigenth. S. 203 fgg., Scheurl, Beiträge II. S. 82 fgg., Pfeiffer im zivil. Archiv XXXVII. S. 121 fgg., Pagenstecher, Eigenth. II. S. 304 fgg., Bechmann über die usucapio ex causa judicati. Nürnberg 1860, *Pellat* l. c. p. 464 sqq., Windscheid, Lehrb. §. 179. Note 7 u. A. m. Zunächst sind jedoch einige Punkte hier abzusondern, die nicht streitig sind oder doch wenigstens nicht streitig sein sollten. Wenn nämlich in Folge einer durchgeführten actio *in personam* der Verklagte zur Herausgabe einer Sache angehalten worden ist, so versteht es sich schon nach den Grundsätzen des Titels pro soluto von selbst, daß der Sieger darauf eine Usukapion stützen kann, und ähnlich ist auch der andere Fall, wenn der mit einer vindicatio belangte Verklagte nach der Litis-Kontestation, der Meinung des Richters nach, die Usukapio vollendet hat, und dann durch richterliche Sentenz verurtheilt wird, die usukapirte Sache in das Eigenthum des Klägers zurück zu übertragen, s. auch Arndts S. 286 fgg. und Danz S. 280 fgg., während die hiergegen erhobenen Bedenklichkeiten von Stephan S. 354 fgg. gänzlich irrelevant sind. Erwirkt aber umgekehrt der mit einer Vindikation belangte Verklagte ein absolutorisches Erkenntniß, so darf er gewiß nicht auf den Grund dieses Erkenntnisses usukapiren wollen, denn in diesem liegt ja gar nicht der Grund seiner Besitzerwerbung, sondern das Urtheil weist nur einfach den Kläger ab, weil dieser sein Eigenthum nicht hat beweisen können. Der ganze Streit reduzirt sich also auf den Fall, wenn Jemand, der gar keinen, oder doch nur einen solchen Titel für sich hat, dem er selbst nicht traut, eine vindicatio anstellt, und wirklich damit siegt; und für

diesen Fall nahm ich in den früheren Ausgaben die Möglichkeit einer Usukapion auf den Grund dieses Erkenntnisses an, vorausgesetzt nur, daß der Sieger den besiegten Verklagten auch wirklich für den Eigenthümer gehalten habe. Nach reiflicherer Ueberlegung halte ich dies jetzt für unbegründet. Alles hängt von Beantwortung der Frage ab, ob dann, wenn der besiegte Verklagte nicht blos vom Kläger für den Eigenthümer gehalten wird, sondern wirklicher Eigenthümer ist, der Kläger durch res judicata zum wahren Eigenthümer wird? Muß diese Frage bejaht werden, dann muß auch die Möglichkeit der Usukapion für den Fall zugegeben werden, wenn der Beklagte nicht Eigenthümer ist, aber von dem Kläger dafür gehalten wird; muß aber jene Frage verneint werden, dann fällt auch die Möglichkeit der Usukapion hinweg, weil es dann trotz der res judicata an einem justus titulus fehlt. Man bemerke:

1) Für die Bejahung jener Frage kann zwar nicht ohne Schein der bekannte Grundsatz: res judicata pro veritate habetur angeführt werden, aber die wahre Bedeutung desselben in Anwendung auf unsren Fall ist doch nur die, daß der siegreiche Kläger dem Beklagten und dessen Successoren gegenüber als Eigenthümer angesehen werden muß, und daß der besiegte Verklagte dem Kläger und dessen Successoren gegenüber nicht als Eigenthümer gilt (s. oben §. 173. Anm. a. E.), aber nimmermehr die, daß der Beklagte wirklich aufhört, Eigenthümer zu sein, und daß sein Eigenthum auf den Kläger übergeht. So kann namentlich der besiegte Verklagte gegen jeden Dritten noch immer sein Eigenthum geltend machen, ohne daß seine Klage durch Berufung auf die res judicata entkräftet werden könnte, und umgekehrt kann der siegreiche Kläger, wenn er in die Lage kommt, gegen einen Dritten vindizirend auftreten zu müssen, seine Eigenthumsklage niemals auf die res judicata stützen. — Muß man aber anerkennen, daß die res judicata kein Erwerbgrund des Eigenthums sein kann, so kann sie auch nicht als Usukapions-Titel anerkannt werden.

2) Dieses Ergebniß wird zwar meines Wissens durch kein spezielles Gesetz unterstützt, aber es bedarf dessen auch nicht, da es mit Konsequenz aus gesetzlich anerkannten Prinzipien hervorgeht. Die Gesetze, welche die Gegner für sich anführen, sind gewiß nicht beweisend. Wenn nämlich in l. 3. §. 3. de reb. eor. (27, 9) dann, wenn ein einem Pupillen angehöriges Grundstück demselben durch rechtskräftiges Erkenntniß aberkannt und in Folge davon von dem Tutor restituirt ist, der Ausdruck *alienatio* gebraucht ist, so folgt daraus nicht, daß der Jurist einen wirklichen Eigenthums-Uebergang anerkennt, sondern dieser Ausdruck paßt auch vollkommen für ein solches Weggeben einer Sache, wobei die Rückforderung durch eine justa exceptio, wie namentlich durch die exc. rei judicatae ausgeschlossen ist. Und wenn ferner in l. 3. f. de Publ. in rem act. (6, 2) unter andren auch die *judicati causa* als eine justa causa traditionis angeführt wird, welche zur actio Publiciana, und also gewiß auch zur Verjährung berechtige: so kann dies ganz ungezwungen von dem oben angedeuteten Falle verstanden werden, wenn der mit einer actio *in personam* Beklagte zur Herausgabe einer Sache verurtheilt ist. Gar nicht hierher gehört die selbst noch von Arndts angeführte l. 137. de R. J. („Qui auctore judice comparavit, bonae fidei possessor est"), vgl. l. 14. §. 1. de relig. (11, 7),

l. 11. de acqu. poss. (41, 2), Danz S. 288 fgg., und noch weniger kann die von *Donellus* hierher gezogene l. 15. §. 4. de re judic. (42, 1) als relevant betrachtet werden, Unterholzner a. a. O., Arndts S. 290 fgg.; s. auch Stephan S. 368 fgg., Bechmann S. 45 fgg.

3) Die Gegner legen auch noch großes Gewicht auf die Analogie des Vergleichs, und in der That kann nicht geleugnet werden, daß auf Grund eines solchen eine Verjährung zulässig ist, l. 8. C. de usuc. pro emtore *vel transactione* (7, 26):

> *Dioclet.* et *Maxim.* „Ex causa transactionis habentes justam causam possessionis usucapere possunt",

vgl. auch l. 29, l. 33. §. 3. de usurp. Aber wenn auch bekanntlich der Vergleich vielfach mit dem rechtskräftigen Urtheil zusammen gestellt wird, und Beide auch freilich denselben Zweck — definitive Beendigung eines Rechtsstreits — verfolgen, so ist doch der wesentliche Unterschied zwischen beiden begründet, daß der Vergleich in der That ein auf Eigenthums-Uebertragung gerichtetes Rechtsgeschäft ist, während die res judicata immer nur eine Eigenthums-Anerkennung enthält. Wenn ein Eigenthumsstreit durch Vergleich abgethan wird, so erklärt ja der, welcher sich abfinden läßt, daß er, wenn er Eigenthümer sei, dieses sein Eigenthum auf den andren Transigenten übertragen wolle, und ist er wirklich Eigenthümer, so geht auch in der That wahres Eigenthum auf den Andren über — während dies, wie wir oben sahen, durch res judicata niemals bewirkt wird —, und deßhalb muß auch ganz konsequent, wenn er nicht Eigenthümer ist, aber von dem andren Transigenten dafür gehalten wird, die Möglichkeit einer Usukapion angenommen werden.

4) Endlich wird von den Gegnern auch noch die Analogie des Eides angeführt, indem man aus l. 13. §. 1. de jurejur. (12, 2):

> *Ulp.* „Julianus ait, eum qui juravit, fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere"

folgern will, daß auf Grund eines Eides eine Usukapion möglich sei. Aus denselben allgemeinen Gründen aber, aus denen wir die Usukapion auf Grund eines Judikats in Abrede stellen müssen, muß dies auch bei dem Eide geschehen. Wenn Jemand geschworen hat „rem suam esse", so wird er auch dann, wenn der Deferent wirklicher Eigenthümer ist, und in Folge des Eides die Sache an den Schwörenden herausgeben muß, doch nie Eigenthümer, sondern gilt nur dem Deferenten gegenüber als Eigenthümer, und gewinnt nur gegen den Deferenten eine actio, l. 7. §. 7. de Publ. act. (6, 2), l. 9. §. 7. de jurejur. (12, 2), und da hiernach der Eid niemals Eigenthums-Erwerbgrund sein kann, so kann er auch niemals als Usukapions-Titel dienen. In der That wird dies auch gar nicht durch die l. 13. §. 1. cit. ausgesprochen, sondern der Sinn der Stelle ist nur der, daß die Klage aus dem Eide auch nicht durch longi temporis praescriptio ihrer Wirksamkeit beraubt werde; vgl. auch Savigny, System VII. S. 63 fgg., Bechmann a. a. O. S. 28 fgg.

γ) Bona fides. §. 321.

Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens bei der Verj. Erl. 1820, Unterholzner I. §. 91. §. 94 fgg. §. 117 fgg., II. §. 185, Hameaux S. 136 fgg., Savigny, System III. S. 369 fgg., Herrmann in Gießer Zeitschr. N. F. IV. S. 353 fgg., bes. S. 360 fgg., Schmid, Handbuch I. S. 229 fgg., Stintzing a. a. O., Schirmer in der Gießer Zeitschr. N. F. XV. S. 207 fgg. Vgl. auch *Harnier*, de probat. bonae fidei in praescriptionib. Cass. 1841, Römer, Beweislast bei Irrthum S. 69 fgg.

1) *Pompon.* l. 4. de jur. et fact. ignor. (22, 6): Juris ignorantiam in usucapionibus negatur prodesse; facti vero ignorantiam prodesse constat. Vgl. l. 24. pr., l. 31. pr. de usurp.

2) *Idem* l. 32. §. 2. de usurp.: Si quis id, quod possidet, non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen ejus usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in jure erranti non procedat usucapio.

3) *Justinian.* l. un. C. de usuc. transform. (s. oben §. 316): „— — ut in omnibus justo titulo possessionis antecessoris justa detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est". — 4) *Innocent. III.* cap. ult. X. de praescript. (s. oben §. 149. Text 2.): „— — Unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae".

5) *Paul.* l. 48. de usurp. (s. oben §. 320. Anm. 2.); vgl. l. 2. pr. pro emt. (41, 4), l. 7. §. 16. 17. de Publ. in rem act. (6, 2). (Diesen Stellen widerspricht auch weder l. 7. §. 4. pro emt., wo gewiß statt nec similis est ei, mit Hal. und der Vulg. gelesen werden muß: nec dissimilis est ei, Unterholzner I. S. 343. Not., noch auch l. 10. pr. de usurp.: Si aliena res bona fide emta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emtionis initium, ut bonam fidem habeat, exigimus, an traditionis? Et obtinuit Sabini et Cassii sententia, traditionis initium spectantium; denn hier ist sicher nur gesagt, daß auch das initium traditionis zu berücksichtigen sei, Unterholzner S. 413 fgg. Not.).

6) *Javolen*, l. 4. pro emt. (41, 4): Emtor fundi partem ejus alienam esse non ignoraverat: responsum est, nihil eum

ex eo fundo longa possessione capturum. Quod ita verum esse existimo, si quae pars aliena esset in eo fundo, emtor ignoraverat; quodsi certum locum esse sciret, reliquas partes longa possessione capi posse, non dubito. (§. 1). Idem juris est, si is, qui totum fundum emebat, pro indiviso partem aliquam alienam esse scit; eam enim duntaxat non capiet, caeterarum partium non impedietur longa possessione capio. — 7) *Marcian.* l. 43. pr. de adqu. v. am. poss. (41, 2): Si quis fundum emerit, cujus particulam sciebat esse alienam, Julianus ait: si pro diviso sciat alienam esse, posse eum reliquas partes longo possessione capere et [in der Flor. fehlt dieses et] si pro indiviso, licet ignoret, quis sit locus, aeque eum capere posse, quod sine ullo damno pars, quae putatur esse vendentis, per longam possessionem ad emtorem transit. Vgl. darüber Möllenthiel S. 51 fgg., Unterholzner I. §. 118, Böcking II. §. 147. Not. 53, Schirmer S. 223 fgg.

Anm. 1. Was den Begriff der bona fides und das Verhältniß derselben zum titulus in der Usukapions-Lehre anbelangt, so ging eine noch vor Kurzem sehr verbreitete Meinung dahin, daß bona fides die Ueberzeugung sei, Eigenthum erworben zu haben; diese Ueberzeugung dürfe aber, um zur Usukapion zu führen, nicht ein bloses subjektives Glauben sein, sondern sie bedürfe einer objektiven Grundlage, und dieses sei der titulus, dessen wesentliche Bedeutung also darin bestehe, daß er der objektive Rechtfertigungsgrund der bona fides sei; vgl. z. B. Möllenthiel S. 17 fgg. S. 23 fgg., Unterholzner §. 95 fgg., Savigny, Syst. III. S. 368 fgg., Puchta, Pand. §. 157. und Vorles. ad h. l. Es ist ein m. E. sehr anerkennenswerthes Verdienst von Stintzing in der oben angef. Schrift, diese Lehre energisch bekämpft zu haben, und in der That haben sich auch die meisten Neuern (s. jedoch jetzt wieder Windscheid, Lehrb. §. 178. Not. 7), obwohl sie im Einzelnen noch vielfach von einander abweichen, gegen jene frühere Lehre ausgesprochen, vgl. z. B. Scheurl, Beitr. II. S. 54 fgg., Schirmer in den Noten zu Unterh. a. a. O., Pagenstecher, Eigenth. II. S. 288 fgg. und die Lehrbb. von Böcking II. §. 146, Arndts §. 59 fg., Brinz §. 58, s. auch die Noten Rudorff's zu Puchta l. c. — Es sind hierbei folgende Punkte hervorzuheben:

1) Bei dem Usukapions-Besitz müssen zwei völlig koordinirte Erfordernisse zusammentreffen, nämlich einmal der titulus — sei er verus oder putativus —, also ein Vorgang, welcher an und für sich betrachtet, also abgesehen von den Mängeln eines konkreten Falls, geeignet ist, Eigenthum zu verschaffen, und zweitens die bona fides, d. h. der Glaube des Erwerbers, daß der Auktor Eigenthümer der Sache sei, oder doch als Nichteigenthümer das Recht habe, über die Sache zu disponiren (als Tutor, Pfandgläubiger u. s. w.), l. 109. de V. S.:

Modestin. „Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse“,

l. 27. de contr. emt. (18, 1), l. 2. §. 1. pro emt. (41, 4), §. 35. J. de rer. div. (2, 1), pr. J. de usuc. (2, 6). Auf diese enge Sphäre ist die bona fides im wahren Sinne des Worts beschränkt, auf den Glauben an das Eigenthum und die Dispositions-Fähigkeit des Auktor (an dessen Stelle im Falle originären Erwerbs natürlich der Glaube tritt, daß die Sache eine res nullius sei), und namentlich hat der Glaube an die Existenz und Rechtsbeständigkeit des Titels mit der bona fides gar nichts zu schaffen. Der evidenteste Beweis hierfür liegt in den oben am Ende der Anm. zu §. 319. Bemerkten; bona fides und folgeweise Möglichkeit der Usukapion wird hiernach angenommen, obwohl der Erwerber den wirklich existirenden Titel nicht kennt, und also in Betreff des Titels unzweifelhaft in mala fide ist! Hieraus geht aber auch weiter von selbst hervor, daß es nicht die wesentliche Bedeutung des titulus sein kann, als objektiver Rechtfertigungsgrund der bona fides zu fungiren.

2) Es ist irrig, die bona fides als die Ueberzeugung des Erwerbers aufzufassen, daß er wirklich Eigenthümer geworden sei, obwohl sich dies begreiflich in den meisten Fällen als Konsequenz der wahren bona fides — Glaube an das Eigenthumsrecht des Auktor — wirklich so verhalten wird, weßhalb es uns nicht wundern kann, daß auch in den Quellen bisweilen die bona fides so geschildert wird, vgl. z. B. l. 20. §. 12. de her. pet (5, 3), l. 48. de usurp. Daß dieses nicht nothwendig ist, daß vielmehr bona fides vorhanden sein und Usukapion erfolgen kann, obwohl kein Glaube an eigenes Eigenthum da ist, geht auch wieder aus dem oben Bemerkten hervor, wornach der, welcher die Existenz eines wirklich vorhandenen titulus irrigerweise nicht annimmt, und also gewiß auch nicht die Ueberzeugung haben kann, Eigenthum bereits erworben zu haben, dennoch usukapiren kann; und ganz ähnlich ist auch die weitere Entscheidung, wornach Jemand, der wirklich erwerbfähig ist, sich aber irrigerweise nicht dafür hält, also gewiß auch nicht die Ueberzeugung erworbenen Eigenthums haben kann, doch als bonae fidei possessor angesehen und zur Usukapion zugelassen wird, l. 44. §. 4. de usurp. In der That hätte auch gegen jene sehr gewöhnliche Begriffsbestimmung der bona fides schon der bekannte Rechtssatz warnen sollen, daß bei der Usukapion pro emtore die bona fides schon im Augenblicke des Kontrakts vorhanden sein müsse, denn da ist doch augenscheinlich an eine Ueberzeugung von bereits erworbenem Eigenthum schlechthin nicht zu denken.

3) Die bona fides beruht auf einem Irrthum, und da entspricht es denn vollkommen allgemeinen Grundsätzen, daß nur entschuldbarer Irrthum berücksichtigt wird; und da hier überdies die Wirkung des Irrthums die sein soll, daß für den Irrenden ein eigentlicher Gewinn entsteht, so muß man nach allgemeinen Grundsätzen noch weiter gehen, und diejenige bona fides, die auf einem Rechtsirrthum beruht, sollte derselbe auch noch so entschuldbar sein, als für die Usukapion ungenügend anerkennen. Dies ist denn auch mit Bestimmtheit in einer Reihe von Gesetzesstellen ausgesprochen, und es ist gewiß unzulässig, diese ganz allgemeinen Aussprüche auf den Irrthum in Betreff des titulus

beschränken zu wollen. Die Stellen, aus denen Stintzing S. 66 fgg. beweisen will, daß es auf Entschuldbarkeit des Irrthums bei der **bona fides** nicht ankomme, sind unbeweisend, da in keinem einzigen der hier entschiedenen Fälle geradezu ein unentschuldbarer Irrthum vorliegt. Vgl. auch Scheurl, Beiträge II. S. 68 fgg., Brinz, Pand. S. 214 fgg.

Anm. 2. Daß vor Justinian in Betreff der **bona fides** ein Unterschied Statt gefunden habe zwischen der **usucapio** und **l. t. praescriptio**, indem bei der letztern es genügend gewesen sei, wenn nur die **bona fides** beim Beginn des Besitzes vorhanden gewesen sei, während dieselbe bei der **usucapio** (mit Ausnahme der **usucapio pro emtore**) die ganze Verjährungszeit hindurch fortgedauert haben müsse, vgl. z. B. Unterholzner, Verj. erste Aufl. S. 187 fgg., Göschen, Grundriß S. 109. 111, Vorlesungen §. 249. S. 87. 89, s. auch Mühlenbruch §. 259. Not. 8, ist eine gewiß unerweisliche Annahme, vgl. jetzt auch Unterholzner 2te Aufl. Bd. I. S. 331 fgg., und viel eher läßt sich für die ältere Zeit der Unterschied wahrscheinlich machen, daß die **bona fides** bei der Usukapion gar nicht, wohl aber bei der **praescriptio longi temporis** erforderlich gewesen sei. Soviel ist aber jeden Falls gewiß, daß im Justinianischen Rechte kein Unterschied mehr bestand, und die anfängliche **bona fides** nöthig war und resp. genügte, **l. un. C. de usuc. transf.** Die herrschende Lehre geht nun aber dahin, daß dieses römische Prinzip allgemein durch das Kanon. Recht aufgehoben sei, indem darnach die **mala fides superveniens** die Verjährung unterbreche, **cap. ult. X. de praescript.** Dagegen hat nun jetzt Hameaux a. a. O. S. 139 fgg. die Behauptung aufgestellt, und näher zu begründen versucht: die Vorschrift des Kanonischen Rechts beziehe sich durchaus nur auf die **praescriptio longi** und **longissimi temporis**, aber nicht auf die Usukapion, so daß bei dieser noch ganz die Prinzipien des röm. Rechts in Anwendung kämen; was denn im Sinne Hameaux (s. oben §. 316. Anm.) praktisch soviel heißen würde: bei der Acquisitiv-Verjährung der Immobilien sei fortdauernde, bei der der Mobilien aber nur anfängliche **bona fides** erforderlich. Diese neue Idee ist aber entschieden unhaltbar. Hameaux begründet sie im Wesentlichen so: nach kanon. Rechte gebe es keine **triennalis praescriptio** bei Kirchensachen, **c. 4. X. de praescr.** [„**nam Romana ecclesia triennalem praescriptionem contra ecclesiam non admittit**"]; das Institut der Usukapion von Mobilien sei also im Grunde für das kanonische Recht gar nicht vorhanden, und die Verfügungen desselben über **praescriptio** dürften also auch nicht hiervon, sondern nur von der **praescriptio longi** und **longissimi temporis** verstanden werden. — Aber die wesentliche Prämisse für diese Argumentation beruht auf einem Irrthum, denn in **cap. 4. cit.** heißt es nach der richtigen Lesart: „**nam. Rom. ecclesia** ***tricennalem*** **praescriptionem contra ecclesiam non admittit**", und von der Ausschließung der dreijährigen Usukapion ist dort also keine Rede. Aber selbst, wenn jene Prämisse richtig wäre, so würde dennoch die darauf gebaute Schlußfolgerung irrig sein, weil dann aus demselben Grunde auch die **praescriptio longi temporis** von der Vorschrift des **cap. ult. cit.** ausgenommen werden müßte, indem ja bei Kirchensachen bekanntlich die **praescriptio X vel XX annorum** unstatthaft ist, und es dürfte also das **cap. ult. de praescript.**

blos von der, gegen Kirchensachen allein zulässigen **praescriptio XL annorum** verstanden werden. Offenbar spricht ja das **cap. ult. cit.** nicht blos von der Verjährung der Kirchensachen, sondern von jeder Verjährung, und der Papst scheint recht absichtlich jedem Mißverständniß in dieser Beziehung begegnen zu wollen: „— — **ut *nulla* valeat absque bona fide praescriptio, *tam canonica quam civilis,* cum *generaliter* sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari**".

Anm. 3. Wenn der Besitz durch Stellvertreter erworben wird, so ist auch in Betreff der **bona fides** die in der Lehre vom Besitz besprochene Unterscheidung wichtig, ob nämlich von solchen Fällen die Rede ist, in denen der Stellvertreter auch ohne unser Wissen für uns Besitz erwerben kann, oder vielmehr von solchen, in denen zum Besitzerwerb immer unsre Wissenschaft hinzutreten muß. In den letzten Fällen, welche bekanntlich die Regel ausmachen, kommt es blos auf die **bona** oder **mala fides** des Prinzipals, nicht auch des Stellvertreters an. In den ersteren Fällen aber — also, wenn ein Sklave oder Haussohn **peculiari nomine**, und wenn der Vormund für den Mündel Besitz erwirbt —, entscheidet umgekehrt nur die **bona** oder **mala fides** des Stellvertreters, **l. 8. pr., l. 31. §. 3, l. 43. §. 1, l. 47. de usurp., l. 2. §. 10—14, l. 7. §. 8. pro emt. (41, 4).** Wenn jedoch in Fällen dieser letztren Art der Herr oder Vater zufällig von Anfang an Wissenschaft von der Erwerbung hat, so wird erfordert, daß auch er selbst in **bona fide** sei, während, wenn er erst nachher von dieser Erwerbung Kunde erhält, seine **mala fides** nichts schadet, **l. 2. §. 13. pro emt.** (Daß dieser Satz h. z. T. nach dem in Anm. 2. besprochenen Prinzip des Kanon. Rechts über die **mala fides superveniens** modifizirt werden muß, versteht sich von selbst). Von einem Falle dieser letzteren Art ist denn auch ohne Zweifel die **l. 43. §. 1. de usurp.**.

> „**Patrem usu non capturum, quod filius emit, propter suam vel filii scientiam, certum est**",

zu verstehen, und es kann daher gewiß nicht gebilligt werden, wenn z. B. Böcking §. 147. Not. 27. hierin eine singuläre Bestimmung für den **titulus pro emtore** finden will, oder wenn auf der andern Seite z. B. Puchta, Syst. S. 70. a. E. darauf den allgemeinen Satz gründen will, daß dann, wenn der Besitz durch unfreie Stellvertreter erworben werde, Beide, der Erwerber und der Repräsentant, in **bona fide** sein müßten, ein Satz, der in dieser Allgemeinheit den oben angeführten Gesetzen direkt widerstreiten würde. Vgl. auch überhaupt Möllenthiel S. 46 fgg., Unterholzner §. 120, Göschen, Vorles. §. 258. S. 112, Schmid, Handb. I. S. 238 fgg., und jetzt auch Puchta, Lehrb. §. 157. Not. g. und Vorles. I. ad h. l.; s. auch Scheurl, Beiträge I. S. 219 fgg., Schirmer a. a. O. S. 279 fgg.

c) Ablauf der Verjährungszeit. §. 322.

Dig. XLIV. 3. de diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum. — Ueber accessio possessionis

vgl. Unterholzner I. §. 132 fgg., Denzinger, die accessio poss. nach dem röm. und kanon. Rechte. Würzburg 1842, Schmid, Handb. I. S. 245 fgg., *Karlowa,* jur. Rom. principia de accessionibus possessionum. Gött. 1858, Pagenstecher, Eigenth. II. S. 347 fgg.

1) *Justinian.* l. un. C. de usuc. transform. verb.: Ideo per praesentem legem rel. (s. oben §. 316). Vgl. pr. J. de usuc. (s. ebendas.)

2) Nov. 119. c. 8: De praescriptione vero decennii hoc ordinare prospeximus, ut, si quando quispiam in praedicta decennii temporali praescriptione in quibusdam quidem annis praesens sit, in quibusdam vero absens, alios tantos ei annos super decennium adjici, quantos ex ipso decennio absens fuit. Vgl. Hugo in seinem civ. Mag. V. S. 462 fgg., Unterholzner I. S. 273 fgg.

3) §. 12. J. de usuc.: Diutina possessio, quae prodesse coeperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat praedium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit, heredi et bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest. Quod nostra constitutio [l. un. C. de usuc. transform.] similiter et in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur. (§. 13). Inter venditorem quoque et emtorem conjungi tempora, Divi Severus et Antoninus rescripserunt.

Anm. 1. Ueber die Berechnung der Usukapionszeit s. oben §. 196. Anm. S. 336 fgg.

Anm. 2. Die Lehre von der accessio possessionis s. temporis, d. i. von dem Rechte des Besitzers, den Besitz des Vorgängers sich zurechnen zu dürfen, hat zwar im Justinianischen Rechte allerdings nur noch für die Verjährung Bedeutung, aber für die Interpretation der Quellen ist die Bemerkung wichtig, daß dieselbe zur Zeit der Pandektisten auch noch volle Anwendung bei dem *interdictum utrubi* fand, bei welchem ja bekanntlich nur derjenige superior war, *qui majore parte anni possederat;* und leicht ersichtlich ist es, daß mehrere Hauptstellen für unsere Lehre, namentlich die l. 13. de acqu. v. am. poss. (41, 2) und die l. 14. de div. tem. praescr. (44, 3) ursprünglich nur in Beziehung auf dieses Interdikt geschrieben sind. Nun ist es freilich wahr, daß die Grundsätze der accessio poss. bei dem interd. utrubi größtentheils auch in Beziehung auf die Verjährung anwendbar sind, woraus sich auch die Aufnahme dieser Stellen in das Korp. jur. rechtfertigt, aber durchgreifend ist dies nicht der Fall, und manche Fragmente unserer Kompilation (vgl. z. B. l. 13. §. 1. 4. 5. de acqu. poss., l. 14. §. 3. de div. temp. praesc., s. auch unten) würden,

auf die Verjährung bezogen, gar keinen oder einen sehr schiefen Sinn geben, während die Rücksichtnahme auf das **interdictum utrubi** alle Schwierigkeit aufhebt. — Es ist nun aber bei der **accessio possessionis** die Unterscheidung zwischen Universal- und Singular-Succession wichtig. Was nämlich:

1) die Universal-Succession anbelangt, so nahm man hierbei gewiß schon frühe, wegen der Personen-Einheit zwischen dem Erblasser und dem Erben, eine **accessio possessionis** an, und zwar wohl gewiß ohne Unterscheidung zwischen **usucapio** und **praescriptio**. Zwar könnte es nach **§. 12. J. de usuc.** scheinen, als wenn dies für die Usukapion erst durch Justinian verordnet wäre; da aber in mehreren ganz klaren Pandektenstellen gerade für die Usukapion den Erben der Besitz des Erblassers zugerechnet wird, vgl. z. B. **l. 30. pr. ex quib. caus. major. (4, 6), l. 15. pr., l. 43. de usurp.**, so kann dies unmöglich der Sinn jener Worte sein, und Unterholzner **I.** S. 466 fgg. will daher dieselben auf die **bonorum possessio** beziehen, so daß also für die **bonorum possessores** das erst von Justinian eingeführt sei, was für die **heredes** schon lange vorher gegolten habe. Eine solche Erklärung ist aber grammatisch unmöglich, und widerspricht überdies der **l. 14. §. 1. de divers. temp. praescr.: heredibus enim, et his, qui successorum loco habentur, datur accessio testatoris** (denn es versteht sich doch wohl von selbst, daß unter denen, **qui successorum loco habentur**, gerade die **bonorum possessores**, und andere prätorische Universal-Successoren verstanden werden), und noch bestimmter der **l. 2. §. 19. pro emt. (41, 4) [„Hoc et in *bonorum possessore*, et in fideicommissariis, quibus ex Trebell. restituitur hereditas, caeterisque praetoriis successoribus observatum est“]**, denn daß hier wirklich von der **accessio possessionis** die Rede ist, geht nicht nur aus dem Inhalt der Stelle selbst, sondern namentlich auch aus der Verbindung derselben mit **§. 18. und 20. eod.** auf das Sprechendste hervor.

Da nun auch eine, weiter unten noch anzuführende Interpretation, welche Hameaux vorschlägt, völlig unhaltbar ist, so möchte es wohl das Natürlichste sein, in jenen bestrittenen Worten nur den einfachen Sinn zu finden: Justinian habe das, was schon vorher bei der Verjährung galt, auch bei der neu von ihm gestalteten Usukapion beibehalten; vgl. auch Denzinger S. 50 fgg. — So viel ist nun jeden Falls gewiß, daß im Justinianischen Rechte die **heredes** und überhaupt Alle, **qui successorum loco** sind, auf **accessio** Anspruch machen können, und zwar in der eigenthümlichen Weise, daß der Erbe durchaus den Besitz des Erblassers so fortsetzt, wie dieser ihn angefangen hat. War also der Erblasser **in conditione usucapiendi**, so setzt auch der Erbe diesen Usukapionsbesitz fort, sollte er selbst auch in **mala fide** sein, **§. 12. J. de usuc., l. 43. de usurp., l. 2. §. 19. pro emt., l. un. C. de usuc. transf.** (s. §. 321. T. 3.), (ein Satz, welcher nothwendig aus dem höheren Prinzip hervorging, daß **bona fides** nur beim Anfang des Besitzes erforderlich sei, und der eben deßhalb auch h. z. T. mit diesem Prinzip von selbst wegfallen muß; s. jedoch auch Köppen, die Erbschaft. Berlin 1856. S. 68. Not. 20); war aber der Erblasser nicht in **conditione usucapiendi**, so findet nicht nur keine **accessio possessionis** Statt, sondern dem Erben hilft sogar seine eigene **bona fides** nicht einmal so viel, daß

er einen Usukapionsbesitz anfangen könnte, §. 12. J. cit., l. 15. pr. fin. de usurp., l. 11. de div. temp. praescr., l. 4. C. de usuc. pro herede (7, 29), l. 11. C. de acquir. et ret. poss. (7, 32). Uebrigens versteht sich von selbst, daß zwischen dem Besitz des Erblassers und des Erben kein Dritter besessen haben darf, l. 20. de usurp., l. 6. §. 2. pro emt., während allerdings „vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit“, l. 31. §. 5. de usurp.; ja es kann sogar während der hereditas jacens die Usukapion vollendet werden, so daß der Erbe unmittelbar mit dem Erbschaftsantritt Eigenthümer wird, ohne auch nur einen Augenblick lang besessen zu haben, l. 30. pr. quib. ex caus. major. (4, 6), l. 40. 44. §. 3. de usurp., l. 6. §. 2. pro emt. Gegen diese sehr bestimmten Gesetze stellt aber Unterholzner I. §. 133. umgekehrt den Satz auf, Besitzergreifung von Seiten des Erben sei selbst dann nöthig, wenn auch die Usukapionszeit während der hereditas jacens abgelaufen sei, so daß, wenn sich nach dieser Zeit ein Dritter vor dem Erben in den Besitz setze, die Usukapion verhindert sei. Die hierfür angeführte l. 13. §. 4. de acqu. v. am. poss. redet aber offenbar gar nicht von der accessio bei der Usukapion, sondern bei dem interdictum utrubi, und steht also mit den vorher angeführten Gesetzen nicht im Widerspruch, und das responsum Papinian's in l. 45. §. 1. de usurp. bezieht sich gar nicht auf einen Fall, wo schon der Erblasser besaß, sondern es wird hier vorausgesetzt, daß ein Erbschafts-Sklave erst nach dem Tode des Erblassers eine Sache in Besitz nahm, und gerade hierein wird auch der Entscheidungsgrund gesetzt, „quemadmodum etenim usucapietur, quod ante defunctus non possederat“? so daß also diese Stelle vermittelst des arg. a contrario vielmehr deutlich genug gegen Unterholzner's Meinung spricht: vgl. auch *Ihering*, de hered. poss. Berol. 1842. p. 8 sqq., Ders. Abhandl. aus dem röm. Rechte S. 251 fgg., Puchta, Lehrb. §. 156. Not. I., Schmid, Handb. I. S. 247. Not. 154, Arndts, Lehrb. §. 161. Anm. 3, Scheurl, Beitr. I. S. 89 fgg., Köppen, Erbschaft S. 61 fgg. bes. S. 69 fg., Schirmer zu Unterh. l. c., Windscheid §. 181. Not. 9. (Wenn Puchta a. a. O. doch noch die Modifikation vertheidigt, daß wenigstens dann, wenn bei dem Erbschafts-Antritt die Usukapionszeit noch nicht abgelaufen war, zur Vollendung der Verjährung die Besitzergreifung des Erben gehöre, sofern nicht die Sache in der Detention eines Repräsentanten sei; so wird dies durch die dafür angeführte l. 30. §. 5. de acqu. poss. nicht bewiesen, wohl aber durch l. 31. §. 5. de usurp. widerlegt, so wie denn auch diese behauptete Modifikation offenbar inkonsequent ist, vgl. dagegen auch Ihering a. a. O. S. 257 fgg., Arndts a. a. O., Scheurl S. 93, Köppen a. a. O. — Ueber den scheinbaren Widerspruch der l. 45. §. 1. cit. mit l. 44. §. 3. eod. [welche beiden Stellen von demselben Papinian sind] vgl. *Ihering*, de her. poss. p. 32 sqq. und allenfalls auch Denzinger S. 126 fgg.). — War der Erblasser vor seinem Tode aus dem Besitz gekommen, so kann natürlich von einer accessio possessionis keine Rede sein, und die l. 13. §. 5. de acqu. v. am. poss.: „Non autem ea tantum possessio testatoris heredi procedit, quae morti fuit injuncta, verum ea quoque quae unquam testatoris fuit“, hat wieder nur Sinn für das interdictum utrubi, wobei gar keine possessio *continua*

erforderlich war, sondern womit Jeder siegen konnte, welcher im letzten Jahre — hintereinander oder unterbrochen — länger besessen hatte, als sein Gegner. Wie Unterholzner I. S. 474. aus jenem Gesetze den monströsen Satz ableiten kann, „daß dann, wenn der nachherige Erbe selbst den Erblasser aus dem Besitz verdrängt habe, er seinen (jeden Falls vitiösen!) und des Erblassers Besitz zum Zweck der Verjährung zusammen rechnen dürfe", und wie er diesen Satz überdies einen „an sich wenig bedenklichen" nennen kann, ist mir unbegreiflich. Andere eben so unpassende Auslegungen der l. 13. §. 5. cit. s. noch bei Unterholzner a. a. O. Not. 471., und Denzinger S. 123 fgg.

Die hier dargestellten Grundsätze über die accessio possessionis im Fall der Universal-Succession, namentlich die Grundsätze über bona und mala fides auch auf einen Legatar anwenden zu wollen, geht unmöglich an, denn die dafür möglicher Weise anzuführende l. 14. §. 1. de usur.:

„In re legata in accessione temporis, quo testator possedit, legatarius quodammodo quasi heres est",

will offenbar sagen, daß der Legatar, so wie der heres, sich den Besitz des Erblassers und die Zeit der hereditas jacens anrechnen könne, l. 13. §. 10. de acqu. v. am. poss. (41, 2).

2) Was die accessio possessionis bei der Singular-Succession anbelangt, so ist es schon von vorne herein (vgl. l. 14. pr. de div. temp. praescr.: „[accessiones] consistunt in *sola aequitate*") sehr wahrscheinlich, daß dieselbe in früherer Zeit bei dem streng zivilen Institut der usucapio nicht vorgekommen sei, und wir haben keinen Grund, an der historischen Treue des §. 13. J. de usuc. zu zweifeln, wornach dieselbe inter venditorem et emtorem erst durch Reskripte von Severus und Antoninus eingeführt wurde; denn keine einzige der hiergegen angeführten Stellen aus früherer Zeit spricht direkt von der Usukapion, sondern alle können theils von der praescriptio longi temp., theils von dem interd. utrubi verstanden werden, bei welchen beiden Instituten anerkannter Weise auch im Falle der Singular-Succession die accessio possessionis schon früher anwendbar war, vgl. auch Unterholzner I. S. 468 fgg., *Schrader* ad §. 13. J. cit. Nach Sever und Antonin wird allerdings auch auf die usucapio die accessio poss. im Falle des Singular-Erwerbs angewendet, und im Justinianischen Rechte ist also freilich kein Unterschied mehr zwischen usucapio und praescriptio vorhanden. Doch glaubt Hameaux a. a. O. S. 154 fgg., Justinian habe in der l. un. C. de usuc. transform. (verb.: quod et in rebus mobilibus rel.) einen solchen Unterschied begründet, indem er es zwar bei der praescriptio l. t. (also nach Hameaux's Idee bei der Verjährung der Immobilien) beim alten Rechte gelassen, bei der usucapio aber (also bei der Verj. der Mobilien) den neuen Satz eingeführt habe, daß es dabei gar nicht auf die bona fides des Nachfolgers ankommen, sondern daß dabei ganz wie schon früher im Falle der Universal-Succession nur die bona fides des Auktor entscheiden solle; und in Gemäßheit dieser Meinung legt dann auch Hameaux die schon oben besprochenen Worte des §. 12. J. de usuc.: Quod nostra constitutio etc. aus. In der That ist aber bei aufmerksamer Betrachtung der l. un. cit. leicht ersichtlich, daß Justinian nicht daran gedacht hat, einen solchen — auch aus inneren

Gründen ganz unnatürlichen — Unterschied zwischen Verjährung der Immobilien und Mobilien aufzustellen, und namentlich sind die Worte: ut in *omnibus* justo titulo etc. durchaus nicht blos auf die Mobilien zu beziehen, wie Hameaux will, sondern es soll hier nochmals in einem allgemeinen Satz für beide Arten von Sachen das zusammengefaßt werden, was vorher von den Immobilien und den Mobilien einzeln bemerkt war; und der Sinn dieser Worte ist nur einfach der: bei allen Arten von Sachen soll accessio possessionis eintreten, und die mala fides superveniens unschädlich sein. Damit fällt denn auch die neue Auslegung der zit. Institutionen-Stelle von selbst hinweg, die aber auch, abgesehen hiervon, ganz unzulässig ist, indem offenbar der ganze §. 12. nur von der accessio bei der Universal-Succession handelt, und der Kaiser erst im §. 13. auf den Fall des Singular-Erwerbs übergeht. — Die Grundsätze über accessio possessionis im Falle einer Singular-Succession sind nun aber, ohne Unterscheidung zwischen Verjährung von Mobilien und Immobilien einfach folgende: a) Der Besitzer, der sich die possessio seines Vorgängers zurechnen will, muß sich in conditione usucapiendi befinden; er muß also nothwendig selbst schon besitzen, l. 15. §. 1, l. 16. de divers. temp. praescr., in bona fide sein, l. 2. §. 17. pro emt., und justum titulum haben, und zwar gilt in der letztren Beziehung noch das Besondere, daß ein titulus putativus zwar wohl zur Verjährung überhaupt, nicht aber auch zur accessio possessionis berechtigt, l. 2. §. 16. pro emt. Unterholzner I. S. 480, Denzinger S. 85 fgg. — b) Umgekehrt muß aber auch der Auktor in conditione usucapiendi gewesen sein, l. 37. de act. emt. et vend. (19, 1), l. 13. §. 1. 13. de acqu. v. am. poss. (41, 2), l. 5. de div. temp. praescr., l. un. C. de usuc. transf. [„— — et ut continuetur ei possessio etiam anterioris *justi* possessoris — —“], vgl. l. 177. pr. de R. J. Uebrigens ist doch auch hier der wesentliche Unterschied von dem Falle der Universal-Succession, daß nicht die Verjährung überhaupt, sondern nur die accessio possessionis wegfällt, l. 37. de act. emt. vend., l. 5. de div. temp. praescr., und so kann also z. B., wenn es dem Auktor an einem justus titulus fehlt, der Erwerber unbedenklich die ordentliche Verjährung beginnen, während freilich, wenn sich der Auktor in mala fide befindet, die Verjährung regelmäßig ausgeschlossen ist (s. oben §. 317. Anm.). — c) Endlich wird auch erfordert, daß zwischen dem Besitz des Auktor und Successor keine Unterbrechung, und auch nicht einmal ein vacuum tempus vorgekommen sei, l. 15. §. 1. de divers. temp. praescr. [„Sed si medius aliquis ex auctoribus non possederit, praecedentium auctorum possessio non proderit, *quia conjuncta non est* — —“]. — Daß aber unter diesen Voraussetzungen nicht blos der Besitz des unmittelbaren Auktor, sondern auch der vorhergehenden zugerechnet werden kann, versteht sich eben so sehr von selbst l. 15. §. 1. 2. de div. temp. praescr., als daß man sich auch den Besitz des interimistischen Erwerbers zurechnen kann, wenn die veräußerte Sache in Folge einer Resolutiv-Bedingung, einer actio redhibitoria und dgl. wieder an uns zurückgekehrt ist, l. 13. §. 2. de acqu. v. amitt. poss., l. 19. de usurp., l. 6. §. 1. de div. temp. praescr. — Ueber die angebliche accessio possessionis im Fall eines Prekarium und einer Sequestration s. oben §. 200. Anm. S. 358 fgg.

2) Unterbrechung der Verjährung. §. 323.

Winkler, de interruptione usucapionis et praescriptionis. Lips. 1793, Unterholzner I. §. 122 fgg., Schmid, Handb. I. S. 253 fgg.

1) *Paul.* l. 2. de usurp.: Usurpatio est usucapionis interruptio; oratores usurpationem frequentem usum vocant. (Vgl. O. Müller im Rhein. Mus. V. S. 200 fgg.).

2) *Gai.* l. 5. eod.: Naturaliter interrumpitur possessio, quum quis de possessione vi dejicitur, vel alicui res eripitur; quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes; nec eo casu quidquam interest, is, qui usurpaverit, dominus sit necne, ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat, an ex lucrativa causa. (Vgl. Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. II. S. 141 fgg.).

3) *Justinian.* l. 2. C. de annali exc. Ital. contr. (s. oben §. 150. T. 2).

4) *Innocent. III.* cap. ult. X. de praescript. (s. oben §. 321. T. 4).

Anm. 1. Die Verjährung wird unterbrochen: 1) durch Unterbrechung des Besitzes (s. g. naturalis usurpatio), wobei denn ganz die früher aufgestellten Grundsätze über den Verlust des Besitzes zur Anwendung kommen (s. oben §. 206 fgg. und namentlich über die so sehr bestrittene Frage, ob die Usukapion einer beweglichen Sache unterbrochen werde, wenn dieselbe mit einer Immobilie in Verbindung gebracht wird, vgl. oben §. 204. Anm. 2). Wird später der Besitz wieder erlangt, so fängt eine ganz neue Verjährung an, bei welcher jedoch natürlich der frühere Titel in Anrechnung gebracht werden kann, l. 15. §. 2. de usurp., l. 7. §. 4. pro emt. — 2) Durch *mala fides superveniens* nach den Prinzipien des kanon. Rechts. Uebrigens kann hier eine mala fides wohl nicht schon dann angenommen werden, wenn bei dem Besitzer nur Zweifel über die Rechtmäßigkeit seines Besitzes entstehen, sondern nur, wenn derselbe in eine wahre conscientia rei alienae kommt, s. auch Möllenthiel, über die Natur des guten Glaubens S. 117 fgg., Unterholzner I. §. 98. Würde der Besitzer später wieder in bonam fidem versetzt, so müssen hier gewiß dieselben Grundsätze wie bei der Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes eintreten. — Was die Unterbrechung der Verjährung durch eingeleiteten Prozeß anbelangt, so ist davon schon früher das Nöthige bemerkt worden, vgl. oben §. 160. Anm. S. 249 fgg. Die von Justinian in l. 2. C. de ann. exc. Ital. contr. für gewisse Fälle zugelassene Protestation (vgl. §. 150.) kann, da sie offenbar nur ein Surrogat der Litiskontestation ist, keine weitergehenden Wirkungen haben, als die Litis-Kontestation selbst. — Ueber die interessante, aber h. z. T. unpraktische Frage, inwiefern Verjährung durch Kriegsgefangenschaft des Besitzers unterbrochen werde, und welchen Einfluß

hierauf das **jus postliminii** und die **fictio legis Corneliae** äußern, vgl. l. 19, l. 23. §. 1. ex quib. caus. major., l. 15. pr., l. 44. §. 7. de usurp., l. 12. §. 2, l. 22. §. 3, l. 29. de captiv. (49, 15), Unterholzner I. §. 135, Hase, das jus postlim. Halle 1851. S. 104 fgg. Schwierigkeit macht hierbei namentlich das Verhältniß der l. 15. pr. de usurp. und der l. 12. §. 2. de captiv., zu einander, vgl. Sintenis im civ. Arch. XVIII. S. 266 fgg., *Ihering*, de hered. possid. p. 12 sqq., Scheurl, Beitr. I. S. 26 fgg.

Anm. 2. Wesentlich verschieden von der Unterbrechung ist die bloße Sistirung der Verjährung, indem dadurch nur bewirkt wird, daß dieselbe eine Zeit lang stillsteht (praescriptio quiescens s. dormiens). Dies kommt in folgenden Fällen vor: 1) Wenn die Sache in das Eigenthum einer in Betreff der Verj. privilegirten Person kommt (s. oben §. 317. Anm. bei A). Nimmt die Sache eine Eigenschaft an, wegen deren sie der ordentlichen Verjährung entzogen sein würde (s. oben l. c. bei B.), so hindert dies den Fortlauf der schon angefangenen Verjährung nicht, l. 16. de fundo dot. (23, 5), was nur natürlich dann eine Ausnahme leidet, wenn das entstandene vitium rei zugleich mit einer Besitz-Unterbrechung verbunden ist, wie z. B. wenn die Sache zur furtiva oder vi possessa wird. — 2) Wenn sich der Klage des Eigenthümers ein impedimentum juris entgegenstellt; und darum wird z. B. die Verj. sistirt, so lange das fremde Baumaterial mit dem Gebäude verbunden bleibt (s. oben §. 300), und eben so muß auch die Verj. während der drei Monate ruhen, die dem cum benef. inventarii antretenden Erben zur Errichtung des Inventars vergönnt sind, l. 22. §. 11. C. de jure delib. (6, 30). — 3) Nach der Vorschrift des Kanon. Rechts ruht die Verj. auch während des tempus hostilitatis, c. 13. C. 16. qu. 3, c. 10. X. de praescr. (2, 26), vgl. auch Nov. Valent. III. de episc. judic. (bei Hugo II. tit. 35) §. 12. Hierunter ist aber nicht überhaupt die Zeit des Krieges verstanden, wie man häufig lehrt, sondern gewiß nur der Fall wirklicher feindlicher Okkupation, vgl. Marezoll in Gießer Zeitschr. VII. S. 277 fgg. Unter dieser Voraussetzung wird jedoch nicht blos die Verj. gegen die Kirche, wie Marezoll a. a. O. S. 285 fgg. meint, sondern auch gegen Dritte sistirt, denn wenn auch in den citt. Stellen nur gerade von Verj. gegen Kirchen die Rede ist, so wird da doch leicht ersichtlich nur ein allgemeineres Prinzip auf einzelne Fälle angewendet. — Eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf den Fall des Gerichtsstillstandes möchte sich kaum rechtfertigen lassen, indem hier der Berechtigte sich vielmehr durch Protestation gegen Ablauf der Verj. schützen kann, arg. l. 2. C. de ann. exc. Ital. contr., und viel eher ließe sich eine analoge Ausdehnung auf die Zeit anderer öffentlicher Kalamitäten, z. B. einer verheerenden Seuche, bürgerlicher Unruhen und dgl. billigen, wenn nicht das Bedenken entgegenstände, daß ein korrektorisches Gesetz keine analoge Ausdehnung zuläßt. — 4) Ebenfalls nach einer Vorschrift des Kanon. Rechts soll, wenn ein Kirchenvorsteher widerrechtlich Kirchengüter veräußert hat, die Verj. gegen die Kirche so lange sistirt werden, als der veräußernde Vorsteher im Amte bleibt, c. 10. C. 16. qu. 3.

3) Wirkungen der Verjährung. §. 324.

Papinian. l. 44. §. 5. de usurp. et usuc. (41, 3): Non mutat usucapio superveniens pro emtore vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit; ut enim usufructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur.

Anm. Es ist ein durch die bestimmtesten Quellenzeugnisse bewiesener Satz, daß die Usukapion zwar Eigenthum giebt, aber keineswegs auch die Pfandansprüche dritter Personen aufhebt, vgl. außer l. 44. §. 5. cit. auch noch l. 1. §. 2. de pignor. et hyp. (20, 1), l. 2. pr. pro herede, l. 7. C. de pign. et hyp. (8, 14), und nimmt man nun unsere Auslegung der l. un. C. de usuc. transf. an, so ist damit von selbst der Satz gerechtfertigt, daß h. z. T. mit der ordentlichen Eigenthums-Verjährung keineswegs auch die auf der verjährten Sache haftenden Pfandrechte erlöschen. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß nicht noch jetzt der gutgläubige Besitzer (wozu hier denn auch namentlich gehört, daß er von den Pfandrechten nichts weiß, wodurch von selbst der Verpfänder und dessen Erben ausgeschlossen sind) eine praescriptio X vel XX annorum gegen die Pfandklage eines Kreditors gebrauchen könne, sondern es sollte nur geleugnet werden, daß diese, allerdings noch h. z. T. statthafte praescriptio — vgl. bes. tit. C. si advers. creditorem praescriptio opponatur (7, 36) — mit der Eigenthums-Verjährung zusammenfalle. Dieselbe folgt vielmehr ihren eigenen Regeln, und setzt z. B. bei beweglichen Sachen nicht anders, wie bei unbeweglichen, einen 10- und resp. 20jährigen Besitz voraus, und kann auch nicht schon immer von dem Augenblick des Besitzerwerbs, sondern jeden Falls erst mit dem Anfang des Pfandrechts beginnen. Gesetzt also, es hat Jemand eine fremde Mobilie schon zwei Jahre im Usukapions-Besitz, und nun verpfändet der Eigenthümer sein ganzes Vermögen, und damit also auch jene Mobilie, an einen Dritten: so hat zwar der Besitzer nach Ablauf eines Jahres das Eigenthum jener beweglichen Sache erworben, aber um den Kreditor von der Pfandklage auszuschließen, müssen nothwendig noch fernere neun Jahre ablaufen. Zwar ist hier Unterholzner II. §. 249. a. M., aber gegen alle Konsequenz. Vgl. auch Schmitthenner im prakt. Archiv. I. S. 92 fgg.

B. Von der s. g. außerordentlichen Verjährung. §. 325.

Pohl, de origine atque fatis praescript. longiss. temp. usque ad Justinian. Lips. 1779, *Idem* de fatis praescr. longiss. temp. ex legib. Justin. Lips. 1780, *Koch*, de praescript. longiss. temp. adquisitiva. Wirceb. 1807, Fritz in Gießer Zeitschrift III. S. 435 fgg.

Justinian. l. 8. pr. §. 1. C. de praescr. XXX vel XL annor. (7, 39): Si quis emtionis vel donationis vel alterius cujuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per X vel XX annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominos ejus vel creditores hypothecam ejus praetendentes sibi acquisierit, posteaque fortuito casu possessionem ejus rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus; hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. (§. 1.) Quodsi quis eam rem desierit possidere, cujus dominus vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione XXX vel XL annorum expulsus est, praedictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestare censemus, *ut, si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio;* sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur, ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit, vel suppositam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi acquirat. Sin vero nullum jus in eadem re quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino vel creditori, qui nomine hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum ab injusto detentatore eam vindicare non obstante ei, quod prior possessor XXX vel XL annorum exceptione eum removerat, nisi ipse injustus possessor XXX vel XL annorum, ex eo tempore computandorum, ex quo prior possessor qui evicit, ea possessione cecidit, exceptione munitus est.

Anm. In der abgedruckten l. 8. §. 1. C. de praescr. XXX annor. verordnete Justinian, daß derjenige, welcher sich in der Lage befinde, sich gegen die R. V. des Eigenthümers durch 30- oder mehrjährige Extinktiv-Verjährung schützen zu können, dann, wenn er seinen Besitz bona fide angefangen habe, nicht mehr blos eine exceptio, sondern selbst auch eine actio in rem haben solle. Er verwandelte also die bisherige Extinktiv-Verj. unter Voraussetzung der bona fides in eine akquisitive, welche man jetzt die außerordentliche zu nennen pflegt. Bleibt man nun bei dieser Verordnung stehen, und nimmt nicht, wie Unterholzner §. 177. 178. will, an, daß durch die l. un. C. de usuc. transf. diese praescriptio longissimi temp. eben so, wie die praescriptio longi temp. unter die Prinzipien der Usukapion gestellt sei, wogegen sich gewiß mit Recht Fritz a. a. O. erklärt hat; bleibt man also bei den Bestimmungen der l. 8. cit. stehen, so ist das der neuen außerordentlichen Verjährung zu Grunde liegende Prinzip sehr einfach. Es müssen nämlich allgemein dabei die Grundsätze entscheiden, welche von der Extinktiv-Verjährung der R. V. gelten, und dazu muß nur noch die bona fides, und zwar nach den Prinzipien des Kanon. Rechts die

fortdauernde bona fides, hinzukommen. Hieraus entwickeln sich denn die höchst beträchtlichen Unterschiede, welche zwischen der s. g. außerordentlichen und ordentlichen Verjährung eintreten, ganz von selbst.

1) Während der ordentlichen Verjährung eine große Menge von Sachen nicht unterworfen sind, sind der außerordentlichen Verjährung, abgesehen natürlich von den res extra commercium, nur diejenigen Sachen entzogen, in Betreff welcher auch eine Extinktiv-Verjährung nicht laufen kann, nämlich Sachen der Pupillen (nicht auch der Minderjährigen), und solche Sachen, bei denen der Klage ein impedimentum juris entgegensteht, nämlich Dotalsachen, tigna aedibus alienis injuncta und Sachen, die zu einem peculium adventitium regulare gehören. Doch soll auch noch, abweichend vom römischen Rechte, nach einer besondern Vorschrift der P. G. O. Karls V. Art. 209. „an gestohlener oder geraubter Habe durch einige Länge der Zeit kein Gewehr ersessen werden". Zwar will Unterholzner I. S. 200. darin nur eine Wiederholung des römischen Rechts finden, und also doch die außerordentliche Verjährung dabei Statt finden lassen, vgl. auch Puchta, Lehrbuch §. 159. Note e, Schmid, Handbuch I. S. 265. Note 210, aber gewiß gegen die klaren Worte. Uebrigens wird in dieser Beziehung die, im Kriminalrecht abzuhandelnde, Frage wichtig, ob und wiefern das deutsche Recht von anderen, und namentlich engeren Begriffen von Diebstahl ausgeht, als das römische; denn es versteht sich, daß die Bestimmung der Karolina nur auf den deutsch-rechtlichen Begriff von gestohlenen Sachen anwendbar ist, während diejenigen Sachen, die blos nach römischen Grundsätzen zu den furtivae gehören, zwar wohl der ordentlichen, nicht aber auch der außerordentlichen Verjährung entzogen sind.

2) Bei der außerordentlichen Verjährung ist kein titulus erforderlich, was zwar von Manchen, z. B. Unterholzner I. §. 104, II. §. 185, Herrmann in Gießer Zeitschrift N. F. IV. S. 374 fgg. u. A. m. geleugnet wird, aber gewiß mit Unrecht, vgl. bes. Fritz a. a. O., und siehe auch c. 15. C. 16. qu. 4. Wenn übrigens manche Vertheidiger der richtigen Ansicht, daraus, daß kein titulus erforderlich sei, folgern wollen, daß es hierbei auch auf Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des der bona fides zu Grunde liegenden Irrthums nicht ankommen könne, und daß also selbst auch Rechtsirrthum hier nicht schade, vgl. z. B. Savigny, System III. S. 371. Note b, so widerspricht dies m. E. entschieden den allgemeinen Prinzipien über Irrthum (vgl. §. 83. Anm.); siehe dagegen auch *Harnier*, de probat. bonae fidei in praescriptionib. p. 18 sqq.

3) Die außerordentliche Verjährung fängt mit dem Augenblick zu laufen an, in welchem die R. V. des Eigenthümers nata ist, was z. B. auch dann von Bedeutung ist, wenn der Praeskribirende durch beauftragte Stellvertreter den Besitz erwirbt. Die Usukapion fängt in einem solchen Falle erst mit dem Augenblicke der erlangten Wissenschaft von Seiten des Prinzipals an, während die außerordentliche Verj. schon mit dem Moment der wirklichen Besitzergreifung beginnt.

4) Wenn in den bisherigen Beziehungen die praescriptio longissimi temp. sich zu ihrem Vortheil von der ordentlichen Verjährung unterscheidet, so findet doch das Umgekehrte Statt in Betreff der viel längern Zeit, die sich ganz nach den Grundsätzen der Extinktiv-Verjährung richtet, also regelmäßig 30, und

in einigen Fällen sogar 40 Jahre ausmacht, ferner in Betreff der Zeitrechnung, welche ebenfalls nach den Grundsätzen der erlöschenden Verjährung bestimmt werden muß, und demnach so geschieht, daß der letzte Tag abgelaufen sein muß, und endlich in Betreff der Unterbrechung, indem die außerordentliche Verj., ganz wie die Extinktiv-Verj. der actiones perpetuae schon durch die Mittheilung der Klage an den Verklagten wirklich unterbrochen wird. Daß auch in Betreff der in integrum restitutio eine Verschiedenheit zwischen der außerordentlichen und ordentlichen Verjährung Statt finde, ist zwar bestritten, aber doch wohl begründet (vgl. oben §. 178. Anm. 2. a. E., S. 305).

B.

Vom Erwerb des Eigenthums ohne vorgängige Besitzerwerbung.

1) Vom Fruchterwerb durch Separation. §. 326.

1) §. 35. J. de rer. divis. (2, 1): Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa aeque bona fide acceperit, *naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura*, et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere.

2) *Paul.* l. 48. de adqu. rer. dom.: Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia, quod ad fructus adtinet, loco domini paene est. Denique etiam, priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt. Nec interest, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit, necne; veluti si pupilli [leg.: *populi*] sit, aut vi possessa, aut praesidi contra legem repetundarum donata, ab eoque abalienata sit bonae fidei emtori. (§. 1.) In contrarium quaeritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam? Pomponius, verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat; hoc enim

ad jus, id est capionem, illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat. Nec contrarium est, quod longum tempus currit, nam e contrario is, qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit. (§. 2.) Et ovium foetus in fructu sunt, et ideo ad bonae fidei emtorem pertinent, etiamsi praegnantes venierint, vel surreptae sint. Et sane, quin lac suum faciat, quamvis plenis uberibus venierint, dubitari non potest; idemque in lana juris est.

3) *Idem* l. 4. §. 19. de usurp. (41, 3): Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest; si vero apud bonae fidei emtorem, contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum [si consumti sunt], quod verum est.

4) *Julian.* l. 25. §. 1. de usur. (22, 1): In alieno fundo, quem Titius bona fide mercatus fuerat, frumentum sevi; an Titius bonae fidei emtor perceptos fructus suos faciat? Respondi: quod ad fructus, qui ex fundo percipiuntur, intelligi debet, propius ea accedere, quae servi operis suis adquirunt, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, adspicitur; et ideo nemo unquam dubitavit, quin si in meo fundo frumentum tuum severim segetes et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret: *porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est.* Praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus juris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simulatque solo separati sunt.

5) *Gai.* l. 28. eod.: In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hoedi et vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii. Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet rel. Vgl. §. 37. J. de rer. div. die fast wörtlich mit der l. 28. cit. übereinstimmt, jedoch mit der einen wesentlichen Abweichung, daß dort Statt „Statim pleno jure etc.“ es heißt „statim naturali jure dominii fructuarii sunt“.

6) *Pompon.* l. 45. §. 1. de usur.: Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit vel ex silva caedit, non fit ejus, sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto ejus is fructus nascitur.

Anm. 1. Daß dem Eigenthümer der fruchttragenden Sache auch das Eigenthum der Früchte zustehe, versteht sich von selbst, und zwar ist dies in Betreff der **fructus pendentes** immer, in Betreff der **fructus separati** wenigstens regelmäßig (Ausnahmen s. in Anm. 2.) der Fall. Daß es aber mit dieser Absonderung der Frucht genau dieselbe Bewandtniß habe, wie mit der reellen Theilung jedes andern Ganzen, z. B. der Zertheilung eines Thiers oder dem Abbrechen eines Hauses, und daß demnach auch das Eigenthum der Frucht quiritarisch oder bonitarisch sein müsse, je nachdem das Eigenthum an der Hauptsache quiritarisch oder bonitarisch sei, vgl. Savigny, Recht des Besitzes §. 22. a. 6te Aufl. S. 318, ist eine gewiß nicht zu billigende Behauptung, die schon in dem Begriff und der wesentlichen Bestimmung der Früchte ihre vollständige Widerlegung findet. Wie völlig fremd aber eine solche Ansicht dem römischen Rechte ist, zeigt sich in zahlreichen Anwendungen, und abgesehen von vielem Andren erinnere ich nur an die gesetzlichen Bestimmungen über Verpfändung künftiger Früchte (vgl. unten §. 372. Anm.), und an den bekannten Grundsatz, daß die Früchte einer **res furtiva** deßhalb nicht auch gestohlene Sachen sind (s. oben §. 317. Anm. B. 4), was sie doch nothwendig sein müßten, wenn die Absonderung der Frucht ganz unter den Prinzipien der reellen Zertheilung einer Sache stände. Das Eigenthum an den reell getrennten Theilen ist durchaus nichts, als das frühere Eigenthum am Ganzen; das Eigenthum an den separirten Früchten aber ist ein neues Eigenthum. Als Eigenthümer einer Sache habe ich auch das Eigenthum der einzelnen Theile, und erwerbe das Eigenthum der separirten Früchte. Dieses Eigenthum an den Früchten ist also nicht das frühere Eigenthum an der fruchttragenden Sache selbst, sondern es ist nur eine Folge desselben. Hieraus geht nun auch von selbst hervor, daß es völlig konsequent ist, dem bonitarischen Eigenthümer der Hauptsache doch das quiritarische Eigenthum der Früchte zuzuschreiben, ganz ähnlich so, wie der bonitarische Eigenthümer eines Sklaven den Erwerb desselben nicht gerade wieder in das bonitarische, sondern gewiß auch in das quiritarische Eigenthum erhalten konnte. So verschieden nämlich auch das quiritarische und bonitarische Eigenthum an sich sind, so sind doch mit dem letztern die materiellen Rechte des erstern verbunden, und namentlich also auch das Recht, das volle Eigenthum an den Früchten der Sache zu erwerben. — Daß diese verschiedene Betrachtungsweise auch noch h. z. T. von praktischem Einfluß ist, zeigt sich insbesondere bei dem Fruchterwerb von Seiten des **bonae fidei possessor**, denn es ist nicht zu verkennen, daß die Savigny'sche Theorie wesentlich aus dessen irriger Ansicht über das Verhältniß der Früchte und der fruchttragenden Sache zu einander hervorgegangen ist. Vgl. jetzt auch Sell S. 62, *Janssen,* **dominus quemadmod. fructus suos faciat.**

Aquisg. 1853, Scheurl, Beiträge I. S. 288 fgg., Böcking, Pand. §. 151. Not. 1. u. A. m., s. jedoch auch Leist, Natur des Eigenth. S. 153 fg.

Anm. 2. Das eigentlich nur dem Eigenthümer zustehende Recht auf den Erwerb der Früchte wird beschränkt durch die Befugniß mancher Nichteigenthümer, das Eigenthum derselben schon durch die blose Separation zu erwerben, und zwar gehört hierher, abgesehen von den uns nicht weiter interessirenden Vasallen:

1) der Emphyteuta, l. 25. §. 1. de usur. Savigny, Besitz §. 22 a. a. E. (6. Auflage S. 320.) will dies daraus erklären, weil der Emphyteuta den juristischen Besitz der Hauptsache habe, und nimmt eben darum auch dasselbe bei dem Pfandgläubiger an, dem durch antichretischen Vertrag der Fruchtgenuß eingeräumt ist; vgl. auch Schilling, Lehrbuch II. §. 161, Sintenis I. S. 483, Schmid I. S. 101. u. A. m. In der That aber scheint es mir natürlicher, jene Befugniß des Emphyteuta vielmehr daraus abzuleiten, weil demselben überhaupt die meisten Rechte des Eigenthümers zugestanden wurden, und wie man z. B. demselben die utilis rei vindic. gab, so mochte es konsequent erscheinen, ihm auch das alsbaldige Eigenthum der separirten Früchte einzuräumen. Daß hiernach die analoge Ausdehnung dieses Rechts auf den Pfandgläubiger wegfallen muß, versteht sich von selbst; vgl. auch Arndts in Gießer Zeitschr. N. F. III. S. 392 fgg.

2) Der *bonae fidei possessor*. (Vgl. Savigny §. 22 a. 6te Auflage S. 314 fgg.; Unterholzner im ziv. Arch. VIII. S. 311 fgg.; *Backe*, bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos facit. Berol. 1825; Huschke in Tüb. krit. Zeitschrift II. S. 189 fgg.; Zimmern im Rhein. Mus. III. S. 351 fgg.; Fritz, Erläutr. zu Wening S. 301 fgg.; Tigerström, die bonae fidei possessio §. 9—15. S. 60 fgg.; Puchta, Kurs. der Instit. II. §. 242 geg. E.; Marezoll in Gießer Zeitschr. XVIII. S. 211 fgg.; Heimbach, die Lehre von der Frucht. S. 211 fgg. S. 308 fgg.; Schmid, Handbuch I. S. 105 fgg.; Windscheid in Gießer Zeitschr. N. F. IV. S. 55 fgg.; Sell S. 63 fgg.; *Janssen* cit. p. 10 sqq.; Pagenstecher II. S. 101 fgg.; Janke, das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers. Erlangen 1862. S. 1—185). — Wie nun aber das Recht beschaffen sei, welches der bonae fidei possessor an den separirten Früchten erwerbe, war von jeher streitig, und ist es auch noch h. z. T. — 1) Savigny und Windscheid a. d. aa. OO. (vgl. auch dessen Lehrb. der Pand. §. 186) nehmen an, daß der bonae fidei possessor nur eben ein solches Recht an den Früchten habe, wie an der Hauptsache, also nur eine bonae fidei possessio, und daß er nur insofern begünstigt sei, als er die Früchte in schnellerer Zeit, nämlich immer in drei Jahren, usukapire, und von der Restitution der konsumirten befreit sei. Dieser Meinung folgt auch der Sache nach Tigerström, obwohl er sich S. 97 fgg. den Anschein giebt, ein entschiedener Gegner der Savigny'schen Theorie zu sein. Da er aber nicht nur eine Usukapion der Früchte von Seiten des bonae fidei possessor für möglich hält, S. 64 fgg., S. 89. a. E., sondern sogar annimmt, daß der Eigenthümer die von dem bonae fidei possessor veräußerten Früchte unbe-

denklich von dem Dritten vindiziren dürfe, S. 94, so leuchtet ein, daß er, so oft er uns auch das Gegentheil versichert, in der Wirklichkeit an den Früchten kein wahres Eigenthum des bonae fidei possessor, sondern eben nur ein solches Eigenthum, wie an der Hauptsache selbst, also nur eine bonae fidei possessio annimmt. — 2) Unterholzner in der angeführten Abhandlung will zwischen fructus industriales und naturales unterscheiden, und zwar soll bei den erstren ein alsbaldiges unwiderrufliches Eigenthum, bei den andern aber gar kein Eigenthum, sondern nur eine bonae fidei possessio entstehen. — 3) Marezoll a. a. O. nimmt ohne Unterscheidung zwischen fructus naturales und industriales einen alsbaldigen Eigenthums-Erwerb der Früchte an; aber dieses Eigenthum dauere nur so lange, als der Besitzer wirklich in bona fide sei, und mit dem Eintritt einer mala fides falle es ipso jure an den Eigenthümer der fruchttragenden Sache zurück, sofern die Früchte nicht schon vorher konsumirt seien; und hieraus wird dann auch von M. die Möglichkeit einer Usukapion, und die Zulässigkeit einer selbstständigen Vindikation der fructus exstantes gefolgert. Diese Ansicht ist auch angenommen von Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 485. Not. 31. und Sell a. a. O. — 4) Der neueste und ausführlichste Schriftsteller über unsre Lehre, Janke in der oben angef. Abh., unterscheidet zwischen dem Rechte zur Zeit der Pandekten-Juristen und dem Justinianischen Rechte. Nach klassischem Rechte (S. 36—130) habe der b. f. possessor das bonitarische Eigenthum an den separirten Früchten, und damit einem jeden Dritten gegenüber alle Eigenthumsrechte; neben und über diesem bonitarischen Eigenthum des b. f. poss. stehe aber das echte Eigenthum an den Früchten, welches der dominus der fruchttragenden Sache habe, und natürlich müsse also jenes blos bonitarische Eigenthum diesem vollen Eigenthum gegenüber zurücktreten, d. h. die Vindikation des Eigenthümers der fruchttragenden Sache erstrecke sich nicht blos auf die Hauptsache selbst, sondern ergreife auch sämmtliche Früchte. Doch werde der b. f. poss. gegen die Vindikation der letztren geschützt theils durch Konsumtion (denn mit dem Untergang des Objekts müsse natürlich auch die Vindikation erlöschen), theils durch Usukapion, denn, wenn dadurch das blose in bonis habere der Früchte gleichfalls zum zivilen oder gleichberechtigten Eigenthum geworden sei, so müsse nach alter Rechtsregel über die Konkurrenz gleicher Rechte der Besitz den Ausschlag geben" (S. 67, und darnach nimmt also der Verf. ein plenum dominium plurium in solidum an, wobei der Besitz den Ausschlag gebe!). — Nach Justinianischem Rechte (S. 130 fgg.) müsse man unterscheiden zwischen Früchten von Grund und Boden und Früchten und Geburten von Nutzvieh. In Betreff der erstren gelte auch noch im Justinianischen Rechte ganz das frühere Recht, wie, abgesehen von zahlreichen Pandektenstellen, insbesondere auch noch aus §. 32. und 35. J. de rer. div. (2, 1) hervorgehe, und so sei denn auch noch im neuesten Rechte ein Fall des bonitarischen Eigenthums übrig geblieben „als eine letzte, zufällig im Verkehrs- und Rechtsleben des Volks aufrecht erhaltene Spur von dem frühern zweigetheilten Eigenthum" (S. 143). Was aber die Früchte und Geburten von Nutzvieh anbelange, so habe hierbei Justinian durch eine offenbar absichtliche Interpolation der l. 28. pr. de usur. (indem hier, wie aus einer Vergleichung mit §. 37. J. de rer.

div. mit Evidenz hervorgehe, die Worte bonae fidei possessoris eingeschaltet, und die Worte naturali jure in pleno jure umgewandelt seien) das frühere Recht dahin umgeändert, daß solche Früchte jetzt alsbald in das volle unwiderrufliche Eigenthum des b. f. possessor fallen sollten, so daß dieser selbst dann, wenn sie zur Zeit der anhängig gemachten Vindikation noch vorhanden und in seinem Besitz wären, dieselben doch nicht an den Vindikanten herauszugeben schuldig sei. — 5) Backe in der anges. diss. nimmt dagegen an, daß der bonae fidei possessor an allen Früchten, ohne Unterscheidung der industriales und naturales, das wirkliche volle Eigenthum sogleich mit der Separation erwerbe, und daß er nur, wenn die Hauptsache von ihm vindizirt werde, officio judicis anzuhalten sei, die fructus exstantes in das Eigenthum des siegenden Vindikanten zu übertragen. Diese letztre Ansicht wird von den meisten Neueren angenommen, vgl. z. B. außer den schon Angeff. Zimmern, Fritz, Puchta, Heimbach, Schmid, Janssen, Pagenstecher auch noch Wening, Lehrb. §. 121. 140, Mühlenbruch, Lehrb. §. 250, Schilling, Lehrb. II. §. 161, Göschen, Vorles. §. 282, Arndts, Lehrb. §. 156, Böcking II. §. 151, Brinz §. 54, Scheurl, Beitr. I. S. 287 fgg., Dernburg in Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 144 fgg., Leist, Natur des Eigenth. S. 157 fgg. u. A. m. In der That ist dieselbe auch meiner Ueberzeugung nach die allein richtige, und zwar kommt es dabei wesentlich auf folgende Punkte an:

a) Es ist schon an einem andern Orte darauf hingedeutet worden, daß der bonae fidei possessor, und zwar im Ganzen unabhängig von der conditio usucapiendi, fingirter Eigenthümer sei (§. 303), woraus dann nothwendig hervorgeht, daß ihm auch, so lange diese Fiktion dauert, die Eigenthumsrechte zugestanden werden müssen. Namentlich gehört dahin auch das Recht des Fruchterwerbs, und zwar darf man ihm an den Früchten nicht etwa wieder nur ein fingirtes Eigenthum zuschreiben, sondern dasselbe muß nothwendig, eben in Folge jener Fiktion, ein wirkliches ächtes Eigenthumsrecht sein. Ganz ähnlich, wie im klassischen Rechte der sogenannte bonitarische Eigenthümer — eben weil ihm das in bonis die materiellen Rechte des Eigenthums gab — an den Früchten seiner Sache nicht blos bonitarisches, sondern suppositis supponendis das volle quiritarische Eigenthum erwarb, mußte es sich auch mit dem bonae fidei possessor verhalten. Dies wird nun auch auf das Vollständigste durch unsere Quellen bestätigt. Julian sagt geradezu: bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, *quod dominis praediorum tributum est* (T. 4.), und Paulus erklärt: loco domini paene est (T. 2.) und an einem andern Orte (T. 3.): fructus statim bonae fidei emtoris fit, *nec usucapi debet;* und wenn endlich Gaius lehrt: fructus statim *pleno jure* sunt bonae fidei possessoris (T. 5.), so darf doch wohl nicht bezweifelt werden, daß der bonae fidei possessor an den Früchten ein anderes Recht, als an der Hauptsache, daß er daran das volle quiritarische Eigenthum hat. Dazu kommt, daß Justinian in §. 35. J. de rer. div. (T. 1.) den Fruchterwerb des bonae fidei possessor mitten in der Lehre von dem Eigenthums-Erwerb abhandelt, und daß Papinian in l. 1. §. 2. de pign. et hyp. (20, 1) dem Eigenthümer der fruchttragenden Sache dann, wenn sich dieselbe in

der bonae fidei possessio eines Dritten befindet, alles Eigenthum an den Früchten abspricht („quod in fructibus dissimile est, *qui nunqnam debitoris fuerunt*"). Hierzu kommen dann noch die stets wiederkehrenden Ausdrücke: *fructus suos facit*, l. 25. §. 1. 2, l. 45. de usur.; *ejus fiunt fructus*, l. 13. fin. quib. mod. ususfr. amittit. (7, 4), l. 48. pr. de adqu. rer. dom., l. 4. §. 19. de usurp. et usuc., *fructus ad eum pertinent*, l. 25. §. 2. de usur., l. 48. §. 2. de adqu. rer. dom., l. 48. §. 6. de furt., und nicht weniger entscheidend spricht für ein wahres Eigenthumsrecht an den Früchten von Seiten des bonae fidei possessor die Nebeneinanderstellung desselben mit dem Usufruktuar, l. 13. fin. quib. mod. usufr. vel usus amittit., l. 25. §. 1, l. 28. pr. de usur., und dem Emphyteuta, l. 25. §. 1. de usur., welche Beiden doch gewiß das wahre Eigenthum an den Früchten erwerben. Endlich kann auch noch als ein nicht unbedeutendes Moment für die richtige Meinung angeführt werden, daß der Fruchterwerb in Parallele gestellt wird mit demjenigen Erwerb, welchen der gutgläubige Besitzer eines Sklaven an dem macht, quod servus operis suis adquirit, l. 25. §. 1. de usur., denn daß dies nicht blos in die bonae fidei possessio, sondern in das volle Eigenthum des Besitzers fällt, ist doch wohl unbestreitbar. — Diese Quellen-Aussprüche blos von einer bonae fidei possessio an den Früchten und von dem Rechte verstehen zu wollen, durch Konsumtion der Früchte von der Restitution befreit zu sein (Savigny S. 316. Note), ist meiner Ueberzeugung nach unmöglich, und ich muß es daher bezweifeln, daß Savigny's Ansicht „sich so streng beweisen lasse, wie irgend etwas im römischen Rechte". Namentlich kann ich die Argumentation von Windscheid a. a. O. S. 103 fgg. nicht als einen solchen Beweis anerkennen. Dieselbe geht im Wesentlichen auf Folgendes hinaus: der bonae fidei possessor einer fruchttragenden Sache habe allerdings auch an den Früchten nur wieder eine bonae fidei possessio, wozu blos noch komme, daß er wegen ihrer Konsumtion zu keinem Ersatz verpflichtet sei, weil der Regel nach Fruchtkonsumtion keine Bereicherung enthalte; dieses Recht, die Früchte ohne Ersatzpflicht konsumiren zu dürfen, gestalte sich in der unjuristischen, ungenauen Auffassung des gemeinen Lebens leicht zu einem Eigenthumsrecht an den Früchten, und so hätten dann die Ausdrücke fructus suos facit, ejus fiunt u. dgl. im Volke leicht entstehen können; die so im Leben entstandenen Ausdrücke seien dann später auch in die Sprache der Juristen übergegangen, ohne daß jedoch weiter gehende praktische Konsequenzen daraus gezogen worden seien, wenn man sich auch freilich nicht immer der ursprünglichen engeren Bedeutung dieser Worte bewußt geblieben sei. Ich finde aber nur eine sehr geringe Wahrscheinlichkeit in der Vermuthung, daß die römischen Juristen Ausdrücke, die bei dem Volke aus einer ganz ungenauen und unjuristischen Auffassung der Verhältnisse entstanden wären, und die in ihrer wahren juristischen Bedeutung einen ganz andren Sinn hätten, so ohne Weiteres als juristische Kunstausdrücke adoptirt haben sollten; und noch unglaublicher will es mir vorkommen, daß ein Gaius, Julian, Papinian, Paulus, in so nebelhafter Unklarheit über die Bedeutung dieser Ausdrücke geschwebt haben sollten, wie Windscheid ihnen dieses andichtet. — Der wunderliche Einfall von Janke von einem bonitarischen Eigenthum des b. f. possessor, neben welchem

dann noch — nicht etwa ein nudum jus Quiritium — sondern ein plenum dominium des Eigenthümers der fruchttragenden Sache vorkommen soll, bedarf wohl keiner besondren Widerlegung.

b) Das dem bonae fidei possessor zustehende Eigenthum an den Früchten ist unwiderruflich. Zwar ist allerdings der Besitzer, wenn ihm die Hauptsache mit der rei vindicatio abgeholt wird, auch zur Restitution der noch vorhandenen Früchte verpflichtet, aber dieses ist nur eine officio judicis eintretende Obligation, und das Eigenthum der Früchte hört also nicht eher auf, als bis dieser Obligation Genüge geschehen und die Uebertragung wirklich erfolgt ist, §. 35. J. de rer. divis., §. 2. J. de offic. judic. (4, 17), l. 22. C. de R. V. (3, 32), und hierauf bezieht sich auch das *interim* suos facit in l. 48. de adqu. rer. dom. (über andre Auslegungen der l. 48. cit. vergleiche Heimbach S. 224 fgg. und die dort zahlreich Angeführten; siehe auch noch Marezoll a. a. O. S. 240 fgg.). Hätte also etwa der Besitzer die Früchte vorher an einen andern veräußert, so kann der Eigenthümer der Hauptsache dieselben unter keiner Voraussetzung von dem Dritten vindiziren, und auch gegen den bonae fidei possessor selbst kann eine selbstständige Vindikation der Früchte nicht Statt finden. Daß man nach Savigny's und Janke's Theorie nothwendig zu andren Ergebnissen gelangen müßte, versteht sich von selbst, vgl. auch Windscheid a. a. O. S. 124 fgg., aber auch Marezoll in der angeführten Abhandlung S. 226 fgg., obwohl er dem redlichen Besitzer ein wirkliches Eigenthumsrecht an den Früchten beilegt, stimmt in dieser letztren Konsequenz mit Savigny überein, indem er von dem Grundsatze ausgeht, daß der bonae fidei possessor sein Eigenthum ipso jure verliere, sobald seine bona fides aufhöre, also namentlich auch durch Litiskontestation, und daß eben deßhalb auch eine selbstständige Vindikation der Früchte zulässig sein müsse; vgl. auch Sell a. a. O. S. 72 fgg. In der That ist aber das Dogma, welches Marezoll dieser Deduktion zu Grunde legt, weder in der Natur der Sache, noch in den Gesetzen begründet, denn aus der — nicht einmal von allen römischen Juristen anerkannten — Regel, daß, um Eigenthum der Früchte zu erwerben, fortdauernde bona fides nöthig sei (s. lit. f.), kann doch gewiß nicht gefolgert werden, daß durch mala fides superveniens auch das bereits erworbene Eigenthum wieder verloren werde, und daß dies auch nicht durch das unbestimmte: *interim* suos facit in l. 48. de adqu. rer. dom. bewiesen werden kann, bedarf keiner Ausführung. Aber selbst, wenn man die Prämisse Marezoll's zugeben könnte, wie man es gewiß nicht kann, so würde doch der darauf gebaute Schluß sehr problematisch sein. Da nämlich die Umwandlung der bona in eine mala fides und der damit angeblich verknüpfte Eigenthums-Uebergang auf den Kläger jedenfalls erst eine Folge der Litis-Kontestation sein, also erst nach der Litis-Kontestation eintreten würde, so ist der Kläger bis zur Litis-Kontestation in keinem Augenblicke Eigenthümer der Früchte gewesen, und es dürfte daher seine Eigenthums-Klage nach römischen Grundsätzen schwerlich als begründet angesehen werden können, vgl. auch oben S. 250. — In der That hat denn auch Marezoll kein einziges unzweideutiges Gesetz anführen können, in welchem eine selbstständige Vindikation der Früchte einem bonae fidei possessor gegen-

über zugelassen würde, und die einzige von ihm genannte l. 43. de evict. (21, 2):

> *Julian.* „Vaccae emtor, *si vitulus*, qui post emtionem natus est, *evincatur*, agere ex duplae stipulatione non potest"

(vgl. Marezoll a. a. O. S. 254) gehört gewiß nicht hierher, denn nicht nur, daß hier von einem vitulus *post emtionem* natus die Rede ist, und also die Supposition nahe liegt, daß das Kalb schon vor der Tradition geboren war: so ist ja auch durch gar nichts in der Stelle angedeutet, daß der Käufer ein *bonae fidei* possessor, und noch weniger, daß er auch gerade noch im Augenblick der Separation in bona fide gewesen sei. Es kam dem Juristen, wie der Fortgang der Stelle noch deutlicher zeigt, lediglich darauf an, zu zeigen, daß durch die Eviktion eines fructus die duplae stipulatio nicht verfallen sei, weil fructus als corpus von dem ususfructus als jus wesentlich verschieden sei, und zum Zweck dieser Demonstration supponirt er einen Fall, in welchem ein fructus dem Käufer evinzirt wird, ohne sich auch nur entfernt um die näheren Voraussetzungen dieser evictio fructus zu kümmern. Daß es aber Fälle giebt, in welchen einem Käufer einer fruchttragenden Sache der fructus evinzirt werden kann, wird von Niemanden geleugnet, und mehr, als dieser unzweifelhafte Satz kann aus der l. 43. cit. unmöglich gefolgert werden. — Umgekehrt sprechen aber gegen die Ansicht, daß auch gegen einen bonae fidei possessor, qui fructus suos fecit, eine selbstständige Vindikation der Früchte möglich sei, sehr bestimmt mehrere Gesetze, und zwar namentlich die l. 4. C. de crim. expil. hered. (9, 32):

> *Gordian.* „Fructus autem rerum, quas *mala fide* tenuit, — — — *suos non facit, sed exstantes quidem vindicari, consumtos vero condici posse*, procul dubio est",

denn augenscheinlich werden hier das: fructus suos facere und: die Möglichkeit einer selbstständigen Klage wegen der Früchte (vindicatio oder condictio) als Gegensätze aufgefaßt, so daß, wo das Eine eintritt, das Andre wegfällt. Ganz dasselbe tritt klar hervor in l. 22. §. 2. de pign. act. (13, 7):

> *Ulp.* „Si *praedo* rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pignoraticia actio, quamvis ipse *fructus suos non faciet; a praedone enim et vindicari exstantes possunt, et consumti condici*",

und auch in l. 3. C. de cond. ex lege (4, 9):

> *Dioclet.* et *Maximian.* „*Mala fide possidens*, de proprietate victus, exstantibus fructibus vindicatione, consumtis vero condictione conventus, eorum restitutioni parere compellitur",

wird ausschließlich gegen den mala fidei possessor eine selbstständige Klage wegen der von ihm gezogenen Früchte eingeräumt. Vgl. auch Schmid, Handb. I. S. 118. Note 53, Arndts, Lehrb. §. 156. Anm. 3.

c) Von der eben angedeuteten Verbindlichkeit zur Restitution wird der Besitzer durch Konsumtion frei, vgl. außer den angeführten Stellen auch noch l. 40. fin. de adquir. rer. dom. (41, 1). Unter Konsumtion ist aber nicht blos eigentlicher Verbrauch, sondern namentlich auch Spezifikation und Veräußerung

zu verstehen. (Wird der Besitzer mit der **hereditatis petitio** belangt, so treten freilich in Folge des SC. Juventianum andre Grundsätze ein, s. die Lehre von der H. P. §. 506). — Wenn man außer der Konsumtion sehr gewöhnlich auch noch die Usukapion der Früchte als Befreiungsgrund von der Restitution nennt, so kann dies nach den obigen Ausführungen unmöglich gebilligt werden, da Usukapion der eigenen Sache nicht möglich ist, und Sachverjährung überhaupt keinen Befreiungsgrund von obligatorischen Verbindlichkeiten abgeben kann. Auch in dieser Beziehung ist jetzt wieder Marezoll a. M., indem er in der angef. Abhandlung S. 213 fgg. (vgl. auch dessen Progr. **bonae fidei possessor quatenus fructus perceptos usucapere possit.** Lips. 1843) den Beweis zu führen versucht, daß hier allerdings von einer Usukapion die Rede sein könne, und daß dadurch das ohnedies widerrufliche Eigenthum zu einem unwiderruflichen werde. Wenn man freilich mit Marezoll annehmen dürfte, daß der Eigenthümer der fruchttragenden Sache eine selbstständige Vindikation wegen der **fructus exstantes** gegen den gutgläubigen Besitzer hätte, so würde sich zur Noth auch eine Usukapion dieser Früchte als Ausschließungsgrund einer solchen Vindikation, zivilistisch konstruiren lassen. Muß man aber die Unhaltbarkeit dieser Annahme anerkennen (vgl. vorher bei lit. b.): so kann unsere Frage offenbar nur die sein, ob nicht doch etwa die Gesetze singulärer Weise eine Usukapion zugelassen haben, mit der freilich sehr eigenthümlichen Wirkung, daß dadurch der gutgläubige Besitzer von der Verbindlichkeit zur Restitution befreit würde. Ich muß dies entschieden in Abrede stellen, denn die Stellen, die Marezoll dafür anführt, sind gewiß nicht beweisend. Was nämlich die l. 2. fin. pro suo (41, 10) anbelangt, so gehört diese offenbar gar nicht hierher, da in der ganzen Stelle mit keinem Worte von der Usukapion, sondern lediglich von der *possessio* **pro suo** die Rede ist. In l. 4. §. 5. de usurp. (41, 3):

> *Paul.* „**Fructus et partus ancillarum et foetus pecorum, si defuncti non fuerunt, usucapi possunt**“

wird freilich die Möglichkeit der Usukapion von Früchten anerkannt, aber diese Möglichkeit wird auch meines Wissens von Niemanden geleugnet, indem es auch nach unserer Ansicht gar manche Fälle geben kann, in denen Früchte usukapirt werden. Sollte also die Stelle irgend etwas für Marezoll beweisen, so müßte hier der Erblasser gerade als **bonae fidei possessor** der fruchttragenden Sache gedacht werden, wozu doch so wenig eine Nöthigung vorliegt, daß vielmehr die Worte *„si defuncti non fuerunt“* sehr bestimmt dagegen sprechen; denn wäre der Erblasser **bonae fidei possessor** der Hauptsache gewesen, so würde er ja, selbst nach Marezoll's Theorie, Eigenthümer der Früchte geworden sein: und die Voraussetzung: „**si [fructus] defuncti non fuerunt**“ würde also offenbar auf diesen Fall nicht passen. (Freilich scheint Marezoll S. 215. die Worte „**si defuncti non fuerunt**“ nicht auf die Früchte, sondern auf die fruchttragende Sache zu beziehen; aber daß dies schon aus grammatischen Gründen unzulässig ist, bedarf wohl keiner besonderen Ausführung). — Was die l. 48. §. 5. de furt. (47, 2) anbelangt;

> *Ulp.* „**Ancilla si surripiatur praegnans, vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonae fidei**

possessorem, sed in hoc posteriore casu furti actio cessat; sed si concepit apud bonae fidei possessorem, ibique pepererit, eveniet ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. *Idem et in pecudibus servandum est, et in foetu earum quod in partu*",

so ist es, wenn man damit den sich unmittelbar anschließenden §. 6. in Verbindung bringt:

„Ex furtivis equis nati *statim* ad bonae fidei emtorem pertinebunt; merito quia in fructu numerantur; at partus ancillae non numeratur in fructu";

und dann bedenkt, daß auch die Pferde zu den pecudes, und also die Fohlen zu den foetus pecudum gehören (s. unten lit. e. geg. E.), ganz von selbst klar, daß die in den Worten „Idem et in pecudibus servandum est" ausgesprochene Gleichstellung zwischen partus ancillae und foetus pecudis sich ausschließlich auf die Frage über Furtivität bezieht, indem ja, was die Usukapion anbelangt, der unmittelbar folgende §. 6. gerade dazu bestimmt ist, die wesentliche Verschiedenheit zwischen dem Sklavenkind und den Thierjungen hervorzuheben, daß diese letzteren *statim*, also nicht erst durch Usukapion, dem bonae fidei emtor zufallen. Hiernach leuchtet ein, daß diese Stelle, wenn man sie in ihrem vollen Zusammenhang auffaßt, so wenig für Marezoll spricht, daß daraus vielmehr unmittelbar die richtige Ansicht mit Evidenz hervorgeht; vgl. auch das schol. ad Basil. LX. 12. fr. 48. §. 6. (bei Heimb. V. p. 494): „sed et si apud bonae fidei possessorem conceptus et editus sit partus, *non confestim ejus fit, ut fructus, sed triennio usucapitur*". Ganz dasselbe ist endlich auch mit der von Marezoll schließlich noch angeführten l. 4. §. 19. de usurp. (T. 3.) der Fall. Wenn man nämlich diese Stelle nur nicht so, wie Marezoll, interpungirt, daß man nämlich hinter: quoniam in fructu est ein Semikolon setzt, sondern vielmehr so, wie es in dem obigen Abdruck geschehen ist, daß da nur ein Komma steht, und also die Worte: nec usucapi debet in unmittelbare Verbindung mit dem contra treten (vgl. bes. *Backe* cit. p. 35 sqq., und s. auch Heimbach a. a. O. S. 232. 314, Windscheid a. a. O. S. 86 fgg.): so ist der klare Sinn dieses Paulinischen Ausspruchs der: „wenn gestohlene Schaafe bei dem Diebe geschoren werden, so wird auch die Wolle zu einer res furtiva, und es fällt also Usukapion hinweg; werden dagegen die Schaafe bei einem gutgläubigen Käufer geschoren, so fällt zwar dieses Hinderniß der Usukapion (die Furtivität) hinweg, aber von Usukapion ist dennoch keine Rede, weil der redliche Besitzer sogleich mit der Separation volles Eigenthum erwirbt, vgl. auch Basil. l. 3. fr. 4. §. 19: „Lana ovium, si quidem fur eas totondit, nemo usucapit; si vero bonae fidei emtor, statim ejus fit, nam fructus est". Vgl. überhaupt gegen Marezoll auch noch Heimbach a. a. O. S. 308 fgg., Schmid a. a. O. S. 115 fgg. S. 120 fgg., Sell S. 74 fgg.

d) Die bisher angeführten Gesetze sind aber auch entscheidend gegen die von Unterholzner angenommene Unterscheidung, denn ohne alle Unterscheidung zwischen fructus naturales und industriales wird dort gesagt, theils daß der bonae fidei possessor das Eigenthum der separirten Früchte, also gewiß auch der naturales, erwerbe (siehe die bei a. citt. Gesetze), theils, daß er die exstantes,

also gewiß auch die **industriales**, herausgeben müsse (vgl. die bei b. zitt. Gesetze). Mit klaren Worten aber entscheidet gegen Unterholzner die l. 48. pr. de adqu. rer. dom. verb.: *non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes* (s. T. 2), denn die Auslegung von Unterholzner S. 323 fgg. ist gewiß unzulässig. Das einzige Gesetz, auf welches sich Unterholzner mit einigem Scheine stützen kann, ist die l. 45. de usur. (T. 6), indem dort allerdings ein solcher Unterschied in Betreff der Frau gemacht wird, welche von ihrem Ehemanne mit einem Grundstücke beschenkt ist: aber offenbar beruht dies doch nur darauf, weil der beschenkte Ehegatte eigentlich gar nicht bonae fidei possessor ist, da ihm wegen der Nichtigkeit solcher Schenkungen die justa causa possessionis fehlt und die Endworte der l. 45. cit.: *sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris* berechtigen uns keineswegs zu der Ausdehnung jener Unterscheidung auf jeden b. f. possessor, da ihr Sinn nicht, wie Unterholzner will, der ist, daß kein, sondern vielmehr der, daß nicht jeder b. f. possessor die fructus naturales erwerbe, nämlich eben der nicht, dem es an einer justa causa possessionis fehlt, und dessen bona fides sich also auf einen Rechtsirrthum stützt; vgl. auch oben §. 83. Anm. 1. g. E. (Ueber die zahlreichen anderweiten Erklärungen der l. 45. §. 1. cit. vgl. *Backe* cit. p. 159 sqq., Heimbach S. 251 fgg., Janke S. 48 fgg. S. 77, Windscheid S. 126 fgg., welcher Letztre sogar aus dieser Stelle heraus interpretiren will, daß ein b. f. possessor überhaupt an keinerlei Früchten, weder an naturales noch an industriales, ein Eigenthumsrecht erwerbe!) Die Worte des §. 35. J. de divis. rer.: *pro cultura et cura* streiten aber für Unterholzner nicht im Mindesten, da der Sinn der ganzen Stelle nur der ist: der b. f. possessor, dessen Besitz sich auf eine justa causa gründe, solle als Ersatz für seine angewendete Mühe und Kosten das unwiderrufliche Eigenthum der konsumirten Früchte erhalten.

e) Uebrigens verdient es noch bemerkt zu werden, daß das bisher geschilderte Recht des b. f. possessor sich nur auf wahre Früchte, nicht auch auf Accessionen bezieht. An diesen ist also natürlich nur wieder eine b. f. possessio, eben so wie an der Hauptsache begründet, und da nun bekanntlich nach römischer Ansicht der partus ancillae nicht zu den Früchten, sondern zu den Accessionen gehört, l. 28. §. 1. de usur., l. 48. §. 6. de furt. §. 37. J. de rer. divis., so erklären sich daraus von selbst die Stellen, wornach das Sklavenkind allerdings erst von dem b. f. possessor usukapirt werden muß, vgl. z. B. l. 10. §. 2. de usurp., l. 48. §. 5. de furt., vgl. auch l. 11. §. 2—5. de Publ. in rem act. (6, 2). Wenn aber Unterholzner S. 333 fgg., dem auch z. B. Schilling, Lehrb. der Instit. und Gesch. des röm. Privatr. Bd. II. Leipzig 1837. S. 538. Anm. h. beistimmt, hierher auch den jungen Nachwuchs von Heerden zählen will, so ist dies ganz unbegründet. Zwar hat allerdings der Usufruktuar einer Heerde die Verbindlichkeit, mit dem frischen Nachwuchs, der aber doch sogleich in sein volles Eigenthum fällt, §. 37. J. de rer. divis., l. 69. de usufr. (7, 1), l. 28. de usur., die Heerde zu ergänzen, weil er die Verbindlichkeit hat, das Objekt des Nießbrauchs nicht zu deterioriren, l. 68. §. 2, l. 69. de usufr.; aber wie kann daraus der Schluß gerechtfertigt werden, daß der b. f. possessor, dem eine solche Verbindlichkeit bekanntlich

nicht obliegt, diesen Nachwuchs gar nicht ins Eigenthum, sondern nur in eine b. f. possessio erhalten solle? Das direkte Gegentheil steht auch in l. 28. de usur. (T. 5.) und l. 48. §. 2. de A. R. D. (T. 2. a. E.), und es ist reine Willkür, diese Gesetze blos von nicht in einer Heerde gehaltenem Einzelvieh verstehen zu wollen. Unterholzner wurde zu jener irrigen Annahme hauptsächlich durch l. 48. §. 5. 6. de furt. bewogen, weil dort der foetus pecorum dem partus ancillae ganz gleichgestellt, die Füllen von Pferden aber davon unterschieden würden, was sich eben nur durch jene Annahme erklären lasse. Der Sinn dieser Stelle ist aber vielmehr folgender: „in Betreff der Frage, wann Thierjungen res furtivae seien, entscheiden ganz die Grundsätze über den partus ancillae; in Betreff der anderen Frage aber, ob Thierjungen erst durch Usukapion oder ob sie sogleich ins Eigenthum des b. f. possessor fallen, unterscheiden sich dieselben wesentlich von den Sklavenkindern", s. oben lit. c. Wenn bei dem ersten Punkt foetus pecorum, bei dem zweiten aber Füllen genannt werden, so sind damit nur verschiedene Ausdrücke gewählt, um daran die Theorie über Thierjungen im Vergleich mit Sklavenkindern zu entwickeln, und der Jurist hat also auch nicht im Entferntesten die Absicht gehabt, den foetus pecudum und die Füllen sich entgegensetzen zu wollen, was er auch um so weniger konnte, da ja die Pferde ebenfalls zu den pecudes gezählt werden, §. 1. J. ad leg. Aquil. (4, 3), l. 2. §. 2. ad leg. Aquil. (9, 2). — In l. 4. §. 19. de usurp., worauf sich Unterholzner auch noch beruft, sind aber wohl die Worte: si consumti sint, ein unechtes Glossem, indem sie nach keiner Theorie einen wahrhaft guten Sinn geben, s. jedoch über die zahlreichen, aber m. E. ganz unbefriedigenden Auslegungen dieser Worte *Backe* p. 207 sqq., Puchta, Kurs. II. S. 670. Not. rr, Marezoll S. 218 fgg., Heimbach S. 217 fgg., Schmid S. 117, Windscheid S. 87 fgg., Böcking II. S. 137, Rudorff zu Puchta's Vorles. §. 166. Anm. 3, Janke S. 91 fgg.

f) Da die Fiktion des Eigenthums bei der b. f. possessio nicht gerade abhängig ist von der conditio usucapiendi, so erklärt es sich leicht, daß das Recht zur Usukapion und zum Fruchterwerb nicht in allen Beziehungen unter gleichen Voraussetzungen steht. Namentlich kann der Fruchterwerb auch bei solchen Sachen vorkommen, welche der Usukapion entzogen sind, wie z. B. bei res furtivae, l. 48. pr. §. 1. fin. de A. R. D. (41, 1), l. 4. §. 19. de usurp. (41, 3), l. 48. §. 5. 6. de furt. (47, 2) und umgekehrt wird zum Fruchterwerb gefordert, daß der Besitzer auch noch im Augenblick der Separation sich im guten Glauben befinde, während doch zur Usukapion nach römisch-rechtlichen Prinzipien nur anfängliche bona fides verlangt wird. Wenigstens wird dieser Rechtssatz durch ganz bestimmte Aussprüche von Ulpian, African und Paulus bewiesen, l. 23. §. 1, l. 40, l. 48. de A. R. D., während freilich Julian in l. 25. §. 2. de usur. die entgegengesetzte Theorie zu vertheidigen scheint. S. darüber Glück VII. S. 271. Anm. 90, Unterholzner S. 346 fgg., *Backe* l. c. p. 148 sqq., Tigerström S. 87 fgg., Heimbach S. 265 fgg , Schmid S. 107 fgg., Scheurl, Beitr. I. S. 298.

g) Endlich muß hier auch noch hervorgehoben werden, daß der b. f. possessor nicht erst durch Perzeption, sondern schon durch blose Separation das

Eigenthum der Früchte erwirbt, l. 13. quib. mod. usufr. amitt., l. 25. §. 1. de usur. l. 48. de adqu. rer. dom., ein Satz, der sich von selbst aus dem oben angedeuteten Grunde dieses ganzen Rechts ergeben mußte; vgl. auch Heimbach S. 267 fgg. Uebrigens leuchtet es von selbst ein, daß diese Bestimmung noch ein sehr erhebliches Argument gegen die Savigny'sche Theorie darbietet. Wenn man nämlich mit Savigny die Befugniß des b. f. possessor an den Früchten auch wieder nur als eine b. f. possessio auffassen wollte: so würde in Folge jener Bestimmungen die wunderliche Anomalie entstehen, daß eine bonae fidei *possessio* angenommen werden müßte, ohne daß doch Besitz vorhanden wäre; denn daß eine separatio fructuum nicht nothwendig einen Besitzerwerb involvirt, geht von selbst aus dem Begriffe derselben hervor; vgl. auch Heimbach S. 238 fgg., Puchta, Vorles. I. §. 166.

2) Vom Eigenthums-Erwerb durch Accession.

Westphal §. 402 fgg. S. 215 fgg., Gesterding §. 25 fgg. S. 190 fgg., Schmid, Handb. I. §. 10. S. 121 fgg., Sell S. 253 fgg., Pagenstecher II. S. 128 fgg. Vgl. auch *van Wickevoot Crommelin* de jure accessionis sec. principia jur. Rom. et hodierni. Lugd. Bat. 1822. Pars I. p. 1—73, Wächter in Weiske's Rechtslex. I. S. 11 fgg., Puchta, Kurs. der Institut. II. §. 242.

a) Im Allgemeinen. §. 327.

b) Insbesondere.

α) Unbewegliches tritt zu Unbeweglichem. (Alluvio, avulsio, alveus relictus, insula nata). §. 328.

Köchy, zivil. Erörtr. I. No. 1. S. 3—90, *Schnaubert*, de alvei derelicti adquisitione. Jen. 1812, Hermannseder, die Alluvien. München 1856.

1) *Gai.* l. 7. de adqu. rer. dom. §. 1: Praeterea quod per alluvionem agro nostro flumen adjicit, jure gentium nobis adquiritur; per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non possimus, quantum quoquo momento temporis adjicitur. §. 2. Quodsi vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et meo praedio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore

tempore fundo meo haeserit, arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo acquisita esse. Vgl. §. 20. 21. J. de rer. divis., wo am Schlusse gewiß aus Versehen (s. jedoch auch Köchy a. a. O. S. 8 fgg. und *Schrader* ad h. l. p. 187) videntur m. f. adquisitae esse steht, so daß hier nicht von dem Eigenthum der pars praedii, sondern nur von dem der Bäume die Rede wäre.

2) *Idem* l. 7. eod. §. 5: „Quodsi toto naturali alveo relicto flumen alias fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque praedii, quae latitudo prope ripam sit; novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est publicus juris gentium. Quodsi post aliquod temporis ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus praedia possident. Cujus [leg.: cum cujus] tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non tamen is, cujus is ager fuerat, stricta ratione quidquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager, qui fuerat, desiit esse, amissa propria forma, et quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere; sed vix est, ut id obtineat. §. 6. Aliud sane est, si cujus ager totus inundatus fuerit, namque inundatio speciem fundi non mutat, et ob id, quum recesserit aqua, palam est ejusdem esse, cujus et fuit. Vgl. auch §. 23. 24. J. de rer. divis., wo aber in §. 23. die Worte: cujus tamen tot. agrum rel., und namentlich also auch die wichtigen Schlußworte: sed vix est, ut id obtineat fehlen. — 3) *Alfenus Varus* l. 38. eod.: Attius fundum habebat secundum viam publicam, ultra viam flumen erat et ager L. Titii; fluit flumen paulatim; primum omnium agrum qui inter viam et flumen esset, ambedit et viam sustulit, postea rursus minutatim recessit, et alluvione in antiquum locum rediit; respondit, quum flumen agrum et viam publicam sustulisset, eum agrum ejus factum esse, qui trans flumen fundum habuisset; postea quum paulatim retro rediisset, ademisse ei, cujus factus esset et addidisse ei, cujus trans viam esset, quoniam ejus fundus proximus flumini esset; id autem, quod publicum fuisset, nemini accessisse; nec tamen impedimento viam esse ait, quo minus ager, qui trans viam

alluvione relictus est, Attii fieret, nam ipsa quoque via fundi esset.— 4) *Pompon.* l. 30. §. 3. eod.: Alluvio agrum restituit eum, quem impetus fluminis totum abstulit. Itaque si ager, qui inter viam publicam et flumen fuit, inundatione fluminis occupatus esset, sive paulatim occupatus est, sive non paulatim, sed eodem impetu recessu fluminis restitutus, ad pristinum dominum pertinet; flumina enim censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, et ex publico in privatum. Itaque sicuti hic fundus, quum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus, ita nunc privatus ejus esse debet, cujus antea fuit. Vgl. *Pompon.* l. 23. quib. mod. ususfr. amitt. (7, 4). — S. überhaupt Köchy S. 55 fgg., Gesterding, Eigenth. S. 210 fgg., Schmid S. 131 fgg.

5) *Pompon.* l. 30. §. 2. de adqu. rer. dom.: Tribus modis insula in flumine fit: uno cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit; altero, quum locum, qui alvei esset, siccum relinquit et circumfluere coepit; tertio, quum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit, et eum alluendo auxit. Duobus posterioribus modis privata insula fit ejus, cujus ager propior fuerit, quum primum extitit; nam et natura fluminis haec est, ut cursu suo mutato alvei causam mutet, nec quidquam intersit, utrum de alvei duntaxat solo mutato, an de eo, quod superfusum solo et terrae sit, quaeratur; utrumque enim ejusdem generis est. Primo autem illo modo causa proprietatis non mutatur.

Anm. 1. Das Flußbett hört, sobald es wasserleer geworden ist, auf, eine res publica zu sein, und fällt in das Eigenthum der Adjazenten, wobei es auch ganz einerlei ist, ob der Fluß das Bett verlassen hat (alveus relictus), oder ob umgekehrt das Bett oder ein Theil des Bettes über die Wasserfläche emporgestiegen ist (insula nata). Der Eigenthumserwerb einer neu entstandenen Insel muß also ganz unter die Prinzipien des alveus relictus fallen, und darnach versteht es sich von selbst, daß hier nicht von Inseln, die im Meere oder etwa in einem flumen privatum entstehen, l. 7. §. 3. de adqu. rer. dom., §. 22. J. de rer. divis., oder von schwimmenden Inseln, l. 65. §. 2. de acqu. rer. dom., oder von solchen Inseln die Rede sein kann, die durch eine Theilung des Flusses in zwei Arme entstehen, l. 30. §. 2. eod., sondern es können nur die Inseln hierher gezogen werden, welche sich als über die Wasserfläche erhöhtes Flußbett herausstellen, l. 30. §. 2. cit., und auch das versteht sich darnach von selbst, daß, um den Eigenthums-Antheil der beiderseitigen Adjazenten zu bestimmen, niemals eine Linie durch die Mitte der Insel, sondern immer nur durch die Mitte des Flusses zu ziehen ist. — Ist aber einmal eine Insel entstanden, und also in das Eigenthum eines Adjazenten gekommen, so

gilt dieselbe nun ganz, wie ein anderes Ufergrundstück, und vergrößert sich etwa die Insel durch neue Anschwemmung, so kommt dies nur dem Insel-Eigenthümer zu Gute, sollte sich dieselbe nun auch in die Region eines andern Adjazenten erstrecken, l. 56. pr. de adqu. rer. dom., und bildet sich zwischen der Insel und dem Uferland eine neue Insel, so wird dieselbe zwischen dem Insel-Eigenthümer und dem jenseitigen Adjazenten so vertheilt, als wenn der eine Flußarm der ganze Fluß wäre, l. 65. §. 3. eod., und ganz dasselbe tritt ein, wenn dieser Flußarm austrocknet, l. 56. §. 1. eod. — Wie sich zu diesen Grundsätzen der Ausspruch des Labeo in l. 65. §. 4. verhalte („Labeo — — : si id, quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet"), ist sehr bestritten, vgl. Köchy a. a. O. S. 25 fgg., Wächter cit. S. 15 fgg., Schmid a. a. O. S. 127. Not. 22. Vielleicht wollte Labeo nur sagen: es sei ein thoretisch möglicher Weise zu rechtfertigender Satz, daß die in einem öffentlichen Flusse entstandene Insel eigentlich selbst publici juris sein müsse; vielleicht ist aber die Stelle auch nur zu übersetzen: „wenn es wahr wäre: daß Alles, was in publico entstanden oder errichtet ist, publicum sei, dann müßte ja auch die in einem öffentlichen Fluß entstandene Insel publ. juris sein", so daß also aus der anerkannten Irrigkeit des letzten Satzes auch die Unhaltbarkeit der ersten Behauptung gefolgert würde, s. auch Gesterding S. 200 fgg. Soviel ist übrigens ganz gewiß, daß Labeo selbst, wie alle andern römischen Juristen, das Eigenthumsrecht der Adjazenten in der oben angegebenen Weise als ausgemacht voraussetzte, s. bes. l. 65. §. 2. eod., und daß also die l. 65. §. 4. cit. unsre obigen Grundsätze unmöglich zweifelhaft machen kann.

Anm. 2. Ueber die bei uns nicht mehr anwendbare Beschränkung der in diesem §en besprochenen Erwerbarten auf agri arcifinii, vgl. l. 16. de adqu. rer. dom., l. 1. §. 6. de flum. [43, 12). S. Niebuhr, röm. Gesch. Bd. II. 2te Ausg. 1830. S. 694 fgg., Boecking, Institut. I. S. 325 fgg.

β) Bewegliches tritt zu Unbeweglichem. (Inaedificatio, satio, plantatio). §. 329.

1) §. 29. J. de rer. divis. (s. oben §. 300.); §. 30. eod.: Ex diverso si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cujus et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur alienata, utique si non ignorabat, se in alieno solo aedificare; et ideo, licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonae fidei pos-

sessor fuerit, qui aedificavit. Nam scienti, alienum solum esse, potest objici culpa, quod aedificaverit temere in eo solo, quod intelligeret alienum esse. Vgl. auch l. 7. §. 10—12. de adqu. rer. dom. — 2) *Antonin.* l. 2. C. de R. V. (3, 32): — — Id, quod in solo tuo aedificatum est, quod in eadem causa manet, jure ad te pertinet. Si vero fuerit dissolutum, ejus materia ad pristinum dominum redit, sive bona fide sive mala aedificium exstructum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint.

3) §. 31. J. de rer. divis.: Si Titius alienam plantam in suo solo posuerit, ipsius erit, et ex diverso si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Maevii planta erit, si modo utroque casu radices egerit; ante enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Adeo autem ex eo, quo radices egit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus; ratio enim non permittit, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit. Vgl. l. 7. §. 13. de adqu. rer. dom. (wo die Worte: Adeo autem — arborem dicamus so lauten: His conveniens est, quodsi vicini arborem ita terra presserim, ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem). — 4) *Pompon.* l. 6. §. 2. arbor. furt. caesar. (47, 7): Si arbor in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit, agere autem licebit, non esse ei jus, sicuti tignum aut protectum immissum habere. Si radicibus vicini arbor aletur, tamen ejus est, in cujus fundo origo ejus fuerit. — 5) *Paul.* l. 26. §. 2. de A. R. D.: Arbor radicitus eruta et in alio posita, prius quam coaluerit, prioris domini est; ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur; nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam.

6) §. 32. J. de rer. divis.: Qua ratione autem plantae, quae terrae coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sata sunt, solo cedere intelliguntur. Caeterum sicut is, qui in alieno solo aedificaverit, si ab eo dominus petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali secundum ea, quae diximus, ita ejusdem exceptionis auxilio tutus

esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.

Anm. 1. Obgleich so viel ausgemacht ist, daß das auf meinem Grund und Boden von einem Andern aufgerichtete Gebäude mir zufällt, ohne Unterschied, ob der Bauende um mein Eigenthum wußte oder nicht, so sind doch die übrigen Rechtsverhältnisse, namentlich des malae fidei possessor, ziemlich zweifelhaft. Hierher gehören insbesondere folgende Aussprüche unsrer Quellen: a) Im §. 30. J. de rer. divis. und in l. 7. §. 12. de A. R. D. (Gaius) wird demjenigen, welcher wissentlich auf einem fremden Grundstücke baute, nicht nur das Retentionsrecht wegen seiner Auslagen, sondern auch die Vindikation der Materialien nach Zerstörung des Hauses abgesprochen. — b) In l. 37. de R. V. (6, 1) [Julian und Ulpian] und l. 5. C. de R. V. (3, 32) [Gordian] wird dem malae fidei possessor das Retentionsrecht ab-, und nur das jus tollendi zugesprochen, und hiermit stimmt auch l. 16. C. de R. V. überein, wornach nur der bonae f. poss. ein Retentionsrecht in Anspruch nehmen kann; vgl. auch Cod. Gregor. lib. III. tit. 2. const. 2. (edid. Haenel p. 17*): Aedificium in alieno agro exstructum solo cedere, sumtusque eo nomine factos non nisi bonae f. emtorem per retentionem posse servare, certissimi juris est. — c) Nach Paulus in l. 38. de H. P. (5, 3) hat der bonae f. poss. wegen impensae utiles das jus retinendi: „praedo autem de se queri debet, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum; non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere, et id ipsum officio judicis continebitur, nec exceptio doli mali desiderabitur". — d) Endlich hat Antonin in l. 2. C. de R. V. vorgeschrieben, daß nicht nur der, welcher bona fide, sondern auch der, welcher mala fide ein Gebäude auf frembem Boden errichtet hat, die Baumaterialien nach Zerstörung des Gebäudes vindiziren dürfe. – Eine wahrhaft befriedigende Vereinigung dieser verschiedenen Stellen ist meines Erachtens nicht möglich, da in denselben offenbar von verschiedenen Grundprinzien ausgegangen wird. Doch aber lassen sich im Sinne des Justinianischen Rechts durch eine formale Verbindung dieser verschiedenen Aussprüche folgende Resultate aufstellen: 1) Der malae fidei poss. hat allgemein das jus tollendi, natürlich mit den gewöhnlichen Beschränkungen dieses Rechts; vgl. die Stellen bei lit. b. — 2) Ein jus retinendi steht dem m. f. poss. nicht zu, nach den Gesetzen bei a. und b., und die bei c. angeführte l. 38. de H. P. kann nur als eine Singularität bei der Erbschaftsklage betrachtet werden, was wir um so eher annehmen können, da ja auch in andern Beziehungen die Rolle des Verklagten bei der hered. petitio vielfach ausgezeichnet ist. — 3) Ist das Gebäude zerstört, so darf auch der malae fidei possessor seine Materialien wieder vindiziren, indem nun sein Eigenthum wieder auflebt, er müßte denn den animus donandi gehabt haben, lit. d., und gerade von einer Voraussetzung der letzten Art sind dann die Gesetze bei lit. a. zu verstehen. Vgl. auch überhaupt Sell in seiner Zeitschrift III. S. 313 fgg., Schmid a. a. O. S. 145 fgg. — Bei dieser Erörterung ist natürlich ganz von dem

Falle abgesehen, wenn der, welcher wissentlich auf fremdem Grund und Boden ein Gebäude errichtet, mit dem Eigenthümer in einem besondern Nexus, z. B. als Nießbraucher, Pachter u. dgl. steht, denn hier entscheiden natürlich nicht die vorher angegebenen Grundsätze, sondern nur die Prinzipien des zu Grunde liegenden besondern Rechtsverhältnisses. —

Ueber den zweiten Hauptfall, wenn der Eigenthümer von Grund und Boden fremdes Material verbaut, sind namentlich auch die früheren Erörterungen über die actio de tigno juncto zu vergleichen, s. §. 300.

Anm. 2. In Betreff der plantatio sind hier zwei Punkte hervorzuheben:

1) Man hat vielfach über das Verhältniß der l. 7. §. 13. de A. R. D. (§. 31. J. de rer. divis.) und der l. 6. §. 2. arbor. furt. caesar. (s. T. 3 und 4.) gestritten, und nicht selten einen Widerstreit dieser Gesetze angenommen, indem nach der ersten Stelle Alles darauf anzukommen scheine, in wessen Grundstück der Baum seine Wurzeln getrieben hat, während nach l. 6. cit. dies als irrelevant betrachtet und vielmehr Alles darauf gestellt sei, in cujus fundo origo arboris fuerit, also auf wessen Grundstück der Stamm hervortrete. Das Verhältniß dieser Gesetze ist aber sehr einfach folgendes: Wenn auf meinem Grundstück ein Baum hervorwächst („si in meo fundo origo arboris fuerit"), so gehört der Baum mir, mag er auch seine Wurzeln in des Nachbars Grundstück schlagen, und daraus also seine Nahrung ziehen; denn dies berechtigt den Nachbar nur zur Anstellung der Negatorienklage, giebt ihm aber nicht das Eigenthum des Baums (l. 6. cit.). Wächst aber ein Baum nicht aus meinem Grundstück hervor, sondern wird er erst auf dasselbe verpflanzt, dann kommt er nicht eher in mein Eigenthum, als bis er auch in meinem Grundstücke Wurzeln geschlagen hat, und davon ist es eine konsequente Folge, daß, wenn ich den Baum meines Nachbars allmählig auf mein Grundstück herübergezogen habe (so daß also sein Stamm nun auf meinem Grundstück aus dem Boden hervortritt), derselbe erst dann in mein Eigenthum kommt, wenn er auch Wurzeln in mein Grundstück getrieben hat (l. 7. §. 13. cit.). — Die verschiedene Leseart in den Institutionen und in der l. 7. cit. ist im Wesentlichen unbedeutend, indem in den Institutionen nur vorausgesetzt wird, daß der Baum sich selbst allmählig auf das andere Grundstück herübergezogen hat, was bei abhängigem Boden sehr leicht möglich ist. — Die vielfach belobte Idee von *d'Arnaud,* conj. lib. I. c. 1, man müsse die Worte der l. 7. §. 13. cit.: quodsi vicini arborem ita terra presserim davon verstehen, daß Jemand einen Ast des Nachbarbaums herübergezogen, und einen Einleger davon gemacht habe, und Tribonian habe den Gaius mißverstanden, s. auch z. B. Westphal S. 376, Höpfner §. 327. Not. 3, Gesterding S. 238, *Schrader* ad §. 31. J. de rer. divis., ist meiner Ansicht nach grundlos, und eben so wenig kann ich auch die l. 22. pr. quod vi aut clam (43, 24):

„Si vitem meam ex fundo meo in fundum tuum deprehenderis (*Vulg.*: depresseris), eaque in tuo fundo coaluerit, utile est interdictum Quod vi aut clam intra annum; sed si annus praeterierit, nullam remanere actionem; radices, quae in meo fundo sint, tuas fieri, quia his accessiones sint",

von solchen Absenkern verstehen, sondern es ist darin ganz derselbe Fall, wie in l. 7. §. 13. cit. zu supponiren, daß Jemand den Weinstock seines Nachbars auf sein Grundstück herübergezogen hat.

2) Wenn ein Baum auf der Grenze steht, so gehört er beiden Eigenthümern, und zwar nicht pro indiviso, sondern pro diviso, „pro regione cujusque praedii", l. 7. §. 13, l. 8. pr. de A. R. D.; wird aber ein solcher Baum ausgegraben oder abgehauen, so entsteht nun eine wahre communio pro indiviso:

> *Paul.* l. 19. pr. comm. divid. (10, 3): „Arbor, quae in confinio nata est, item lapis, qui per utrumque fundum extenditur, quamdiu cohaeret fundo, e regione cujusque finium utriusque sunt, nec in communi dividundo judicium veniunt; sed cum aut lapis exemtus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet et veniet in communi dividundo judicium, nam quod erat finitis partibus, rursus confunditur. Quare [leg.: qua ratione] duabus massis duorum dominorum conflatis, tota massa communis est, etiam si aliquid ex prima specie separatum maneat: ita arbor et lapis separatus a fundo confundit jus dominii".

Gesterding S. 214 fgg. glaubt nun aber; Paulus habe diese Ansicht nachher wieder zurückgenommen, und man müsse also auch nach der Trennung des Baums noch immer partes pro diviso annehmen:

> *Paul.* l. 83. pro socio (17, 2): „Illud quaerendum est, arbor, quae in confinio nata est, item lapis, qui per utrumque fundum extenditur, an, cum succisa arbor [est] vel lapis exemtus ejus sit, cujus fundus, pro ea quoque parte singulorum esse debeat, pro qua parte in fundo fuerat; an, qua ratione duabus massis duorum dominorum conflatis, tota massa communis est, ita arbor hoc ipso, quo separatur a solo, propriamque substantiam in unum corpus redactam accipit, multo magis pro indiviso communis fit, quam massa? Sed naturali convenit rationi, et postea tantam partem utrumque habere, tam in lapide, quam in arbore, quantam et in terra habebat".

Diese Ansicht ist aber gewiß verkehrt. Der Sinn dieses Gesetzes ist vielmehr folgender: Wenn ein auf der Grenze zweier Grundstücke stehender Baum gefällt wird, so ist eine doppelte Ansicht denkbar. Erstens nämlich könnte man meinen, es verändere sich dadurch gar nichts in den bisherigen Eigenthums-Verhältnissen, sondern die beiden Eigenthümer behielten ihre partes pro diviso, wie sie sie vor der Fällung des Baums hatten, „da ja auch mit einem Baume, der ganz auf meinem Grundstück steht, nach der Fällung desselben keine Veränderung im Eigenthumsrechte vorgeht". (Dies ist meines Erachtens der Sinn der Worte: cum succisa arbor vel lapis exemtus ejus sit, cujus fundus, und ich nehme keinen Anstand, das est hinter arbor wegzuwerfen, indem ohnedies die Stelle nicht konstruirt werden kann. Daß diese Aushilfe besser ist, als die von Holoander [s. *Geb.* ad h. l.], scheint unzweifelhaft). Zweitens aber kann man auch so sagen: „gleichwie die Massen zweier Eigenthümer, wenn sie mit einander konfundirt werden, in ein wahres Miteigenthum pro indiviso fallen;

so muß dies noch um so mehr mit dem Baum der Fall sein, wenn derselbe durch Trennung vom Boden eine selbstständige einkörperliche Existenz erhält". Diese letztere Ansicht wird von Paulus stillschweigend gebilligt, wie schon aus der ganzen Art und Weise, in der er die Frage, mit der Einflechtung des Grunds, aufwirft, evident hervorgeht, wie aber noch mehr aus den Schlußworten erhellt, denn hier geht er auf eine Erörterung ein, die nur unter Voraussetzung der zweiten Ansicht wahren Sinn hat. Wenn man nämlich ein Miteigenthum pro indiviso annimmt, so kann noch die fernere Frage aufgeworfen werden, zu welchem ideellen Theile der gemeinschaftliche Baum einem Jeden der beiden Miteigenthümer zufalle, ob einem Jeden zur Hälfte, oder ob vielmehr der jetzige ideelle Antheil nach der Größe des früheren reellen Theils zu bestimmen sei? und auf diese Frage antwortet Paulus in den letzten Worten; sed naturali convenit rationi rel., wie aus den, blos auf die Größe bezüglichen Ausdrücken *tantam* — *quantam* klar genug hervorgeht, so daß man in der That nicht wohl begreifen kann, wie Gesterding aus diesen Worten folgern konnte, Paulus habe vielmehr der ersten oben als möglich angedeuteten Ansicht beistimmen wollen, und also seine frühere Meinung widerrufen. — Daß gegen die hier vertheidigte Meinung auch nicht der Ausspruch Marzian's in l. 8. §. 1. de A. R. D. angeführt werden kann:

„Sed et si in confinio lapis nascatur, et sunt pro indiviso communia praedia, tunc erit lapis pro indiviso communis, si terra exemtus sit",

mag man nun hier im Anfang der Stelle die handschriftliche Lesart *pro indiviso* beibehalten, oder vielmehr *pro diviso* lesen, bedarf keiner näheren Ausführung. Vgl. auch Schmid S. 155 fgg. Note 94.

γ) Bewegliches tritt zu Beweglichem. (Scriptura, pictura, partus ancillae, adjunctio). §. 330.

1) §. 33. J. de rer. divis.: Literae quoque, licet aureae sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea, quae inaedificantur aut inseruntur; ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros tuasve membranas, nec impensas scripturae solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est. Vgl. l. 9. §. 1. de A. R. D.

2) §. 34. J. eod.: Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabulam picturae cedere, aliis videtur picturam, qualiscunque sit, tabulae cedere; sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis

vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. Unde si a domino tabulae imaginem possidente is, qui pinxit, eam petat nec solvat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, possideat, consequens est (?!), ut utilis actio domino tabulae adversus eum detur, quo casu si non solvat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fide possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod, sive is, qui pinxit, surripuit tabulam, sive alius, competit domino tabularum furti actio. Vgl. *Gai.* II. 78. und in l. 9. §. 2. de A. R. D. S. auch l. 23. §. 3. de R. V.: Sed et id, quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum fit, licet de pictura quidam contra senserint propter pretium picturae sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest. (Die, gewiß zu verneinende, Anwendung dieser Grundsätze auf Daguerrotypbilder untersucht Madai im zivil. Archiv XXVI. S. 212 fgg.).

3) *Paul.* l. 23. §. 2. de R. V.: Si quis rei suae alienam rem ita adjecit, ut pars ejus fieret, veluti quis statuae suae brachium aut pedem alienum adjecerit, aut scypho ansam vel fundum vel candelabro sigillum aut mensae pedem, dominum ejus totius rei effici vereque statuam suam dicturum et scyphum, plerique recte dicunt. Vgl. l. 26. §. 1. de A. R. D.

4) *Idem* l. 23. §. 5. de R. V.: Item quaecunque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur, scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuae suae ferruminatione junctum hrachium sit, unitate majoris partis consumi, et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non quidem efficit. Ideoque in omnibus his casibus, quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. At in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines, singulae oves; ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse.

Quod non item in cohaerentibus corporibus eveniret; nam si statuae meae brachium alienae statuae addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota statua uno spiritu continetur. (Girtanner in Jhering's Jahrbb. III. S. 163 fgg.).

3) Vom Eigenthums-Erwerb durch Konfusion und Kommixtion. §. 331.

Westphal §. 459 fg. S. 363 fgg., Gesterding §. 36 fg. S. 275 fgg., Schmid I. §. 12. S. 179 fgg. Vgl. auch Buchholtz, Versuche Nr. 10. S. 118 fgg.

1) §. 27. J. de rer. divis.: Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed et si diversae materiae sint, et ex iis propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem juris est, nam et eo casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuito et non voluntate dominorum confusae fuerint vel diversae materiae, vel quae ejusdem generis sunt, idem juris esse placuit.

2) §. 28. J. eod.: Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune erit, quia singula corpora, id est singula grana, quae cujusque propria fuerunt, ex consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant, nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit, arbitrio autem judicis continetur, ut ipse aestimet, quale cujusque frumentum fuerit.

3) *Javolen.* l. 78. de solut. (46, 3): Si alieni numi inscio vel invito domino soluti sunt, manent ejus, cujus fuerunt; si mixti essent ita, ut discerni non possent, ejus fieri, qui accepit, in libris Gaii scriptum est; ita ut actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret. (Dernburg in Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 155).

III. Von den Rechtsmitteln des Eigenthümers.

A. Von der rei vindicatio.

Dig. VI. 1, Cod. III. 32. de rei vindicatione. — Westphal §. 903 fgg. S. 693 fgg., Glück, Komment. VIII. S. 26 fgg., Gesterding §. 41 fgg. S. 309 fgg., Schmid, Handb. I. §. 15. S. 268 fgg., Sell S. 295 fgg., Pagenstecher III. S. 5 fgg., *Pellat* p. 109 sqq. — Kritz, Darst. prakt. Materien des röm. Rechts. Band I. (über die Vindikation und die Publiz. Klage), Wetzell, der röm. Vindikationsprozeß. Leipzig 1845, *Molitor*, la possession etc. Gand. 1851. p. 233 sqq., Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts. Leipzig 1857, Heimbach in Weiske's Rechtslexikon XIII. S. 1 fgg., *Lehr*, de la revendication en droit Romain. Strasb. 1857. Vgl. auch Buchholtz, jurist. Abhandl. Nro. 1. (worin unterscheidet sich die hered. petitio und die rei vindicatio?").

1) Subjekte und Objekte der Klage. §. 332.

1) *Paul.* l. 23. pr. h. t.; In rem actio competit ei, qui aut jure gentium, aut jure civili dominium adquisivit.

2) *Ulp.* l. 9. h. t.: Officium autem judicis in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat; ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto Uti possidetis vel Utrubi. Denique ait, ab eo, apud quem deposita est vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem, ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse. — 3) *Constantin.* l. 2. C. ubi in rem actio exerceri debeat (3, 19): Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in judicio dominum nominare, ut, sive in eadem civitate degat, sive in agro,

sive in alia provincia sit, certo dierum spatio a judice definiendo, eoque ad notionem ejus perducendo, vel ipse in loca, quibus praedium situm est, perveniens vel procuratorem mittens actoris intentiones accipiat. Si vero post hujusmodi indultum tempus minime hoc, quod dispositum est, facere maluerit, tanquam lite, quae ei ingeritur, ex eo die, quo possessor ad judicem vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata, judex, utpote domino possessionis nec post hujusmodi humanitatem sui praesentiam faciente, edictis legitimis proponendis eum citare curabit, et tunc in eadem voluntate eo permanente, negotium summatim discutiens, in possessionem rerum actorem mitti non differet, omni allegatione absenti de principali quaestione servata.

4) *Ulp.* l. 1. §. 3. h. t.: Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur, sed posse etiam gregem vindicari Pompon. libro lectionum XXV scribit. Idem et de equitio caeterisque, quae gregatim habentur, dicendum est. Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint; grex enim, non singula corpora vindicabuntur. Cf. l. 2, l. 3. pr. eod. — 5) *Julian.* l. 56. eod.: Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet. (*Pellat* p. 117 sqq., Girtanner in Jhering's Jahrbb. III. S. 108 fgg., Dernburg, Pfandr. I. S. 454 fgg., Pagenstecher III. S. 71 fgg.).

6) *Paul.* l. 23. §. 5. h. t. (s. §. 330. T. 4).

7) *Idem* l. 35. §. 3. h. t.: Eorum quoque, quae sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat. — 8) *Idem* l. 8. eod.: Pompon. libr. XXXVI. probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem, tu et L. Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum, nam tunc sine dubio a te et a Titio partes fundi petere me debere. Quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse, et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet; nunquam enim pro diviso possideri potest.

Anm. 1. Was der Vindikant zu beweisen habe, wenn er sein Eigenthum auf einen derivativen Erwerb stützt, war von jeher streitig und ist es auch noch h. z. T. Während nämlich Manche die Ansicht vertheidigen, daß der Kläger blos den rechtmäßigen Erwerb der fraglichen Sache zu beweisen habe, und es dem Verklagten obliege, darzuthun, daß einer der Auktoren des Klägers nicht Eigenthümer gewesen sei, vgl. Schöman, Handb. II. S. 46 fgg., Thibaut, ziv. Arch. VI. 15, Henschel das. IX. 16, Kritz in der angeführten Schrift über die Vindikation und die Publiz. Klage, v. Tigerström, das Recht des Besitzes §. 4. S. 18 fgg. und im Wesentlichen auch Brinz, Lehrb. §. 67. S. 245 fg. und Pagenstecher III. S. 143 fgg., geht die herrschende Lehre umgekehrt dahin, der Vindikant habe nicht blos den rechtmäßigen Erwerb (Kauf, Schenkung, Erbschaft, Legat u. dgl.), sondern auch das Eigenthum seiner Auktoren darzuthun, vgl. außer den Lehrbb. z. B. noch Gesterding, Eigenth. S. 360 fgg., Nachforsch. II. S. 435 fgg., Unterholzner im ziv. Arch. VII. 13, v. Falkenstein das. X. 11, *Heimbach*, de dominii probat. ex principiis jur. tam Romani quam Saxon. Lips. 1827, Bethmann-Hollweg, Versuche über die Theorie des Civilpr. S. 360 fgg., Fritz, Erläutr. S. 298 fgg., Schmid S. 322 fgg., Sell S. 363 fgg., *Pellat* p. 147 fgg., Delbrück S. 3 fgg., *Lehr* p. 28 fgg. u. A. m. Daß die letztere Ansicht die allein richtige sei, möchte aus folgender einfachen Deduktion hervorgehen:

Das Fundament des Klägers bei der R. V. ist das Eigenthum (T. 1.), und dieses muß also natürlich auch von demselben bewiesen werden (s. auch l. 9. de R. V.: „ubi enim probavi, *rem meam esse*" rel., l. 80. eod.: „licet *suam esse* non adprobaverit"). Leitet man nun aber sein Eigenthumsrecht von einem Andern ab, so wird man nur dann durch das zur Eigenthums-Uebertragung geeignete Geschäft Eigenthümer, wenn es auch der Uebertragende selbst war, l. 20. de A. R. D.:

> „Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, *si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert*",

und es versteht sich also von selbst, daß dieses Eigenthum des Auktor in die Sphäre des Eigenthumsbeweises gehört. Da dieses aber allerdings schwierig sein kann, indem dazu erforderlich ist, daß auch der Auktor meines Auktor u. s. w. Eigenthümer war (probatio diabolica!), so haben die Gesetze geeignete Vorkehrungen getroffen, und zwar:

1) durch die Einführung der Verjährung, wovon der Grund uns so angegeben wird: „ne quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statui temporis spatium", l. 1. de usurp. Hiernach also ist es nicht nöthig, bis zum ersten Erwerber zurückzugehen, sondern man braucht nur die Auktoren bis zum Ablauf der Verjährungszeit zu verfolgen, und bedenkt man namentlich die früheren so kurzen Verjährungszeiten, so leuchtet von selbst ein, daß der dem Vindikanten obliegende Beweis nicht besonders schwierig ist;

2) durch die Einführung der *actio Publiciana*, wodurch in den meisten

Fällen die rei vindicatio und also jene probatio diabolica überflüssig geworden ist; denn hiernach kann man ja gegen Jeden, der nicht auch eine justa causa possessionis für sich hat, schon mit dem blosen Beweise des rechtmäßig erworbenen Eigenthums-Besitzes durchlangen (s. unten §. 335);

3) durch die Einführung der possessorischen Interdikte, denn hierdurch kann jeder, der sich eines solchen mit Effekt bedienen kann, die Beweislast von sich abwenden, l. 24. de R. V.:

„Is qui destinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est, ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere“.

Behält man diese Momente im Auge, so muß man wohl gestehen, daß die Gesetze genügend dem praktischen Bedürfnisse abgeholfen haben, und also kein Grund vorhanden war, weßhalb sie eine so große Anomalie in Betreff der Beweislast, wie die Gegner sie behaupten, hätten einführen sollen. Wenn es nun auch wahr ist, daß sich nirgends in unsern Gesetzen der Satz findet: der Vindikant müsse auch das Eigenthum seiner Auktoren beweisen, so geht doch aus dem Bisherigen von selbst hervor, daß dieses keinen Beweisgrund für die Gegner abgeben kann, da dieses Prinzip implicite allerdings in denselben enthalten ist, und da durch die Annahme des Gegentheils die andern vorher angeführten Institute, und zwar namentlich die actio Publiciana, zum größten Theil ihre wahre Bedeutung verlieren und als ziemlich überflüssig erscheinen würden. Was man aber außer dieser Negation sonst noch für die abweichende Theorie angeführt hat, ist sehr unbedeutend:

a) Thibaut a. a. O. giebt zu, daß nach strenger Konsequenz von dem Vindikanten auch das Eigenthum der Auktoren zu beweisen sei (S. 313), aber aus Gründen der Billigkeit, um nämlich von dem Kläger einen so diabolischen Beweis abzuwenden, sei man davon abgegangen, und habe es für genügend gefunden, daß der Kläger nur seinen rechtmäßigen Erwerb darthue, indem dann die gewiß sehr verständige Präsumtion eintrete, der Kläger sei dadurch auch wirklich Eigenthümer geworden. Für die Existenz einer solchen praesumtio juris werden dann l. 4. und l. 12. C. de probat. (4, 19) angeführt, und dem Einwande, daß unter dieser Voraussetzung die rei vindicatio und die actio Publiciana zusammen fielen, begegnet er scharfsinnig genug durch die Bemerkung, daß bei der rei vindicatio anders, wie bei der actio Publiciana, dem Verklagten der Beweis offen stehe, einer der Auktoren des Klägers sei nicht Eigenthümer gewesen. — Die allgemeine Argumentation Thibaut's erledigt sich durch das oben Angeführte, und hier mag nur noch die Bemerkung ihren Platz finden, daß man auch mit dieser Billigkeits-Theorie, wie regelmäßig mit blosen Billigkeits-Sätzen dahin kommt, daß daraus wieder auf der andern Seite die allergrößte Unbilligkeit entsteht. Um dem Kläger eine ihm von Rechtswegen aufliegende Last zu erleichtern, beschwert man den Verklagten mit dem offenbar nicht weniger diabolischen Beweise, daß einer der Auktoren des Klägers nicht Eigenthümer gewesen sei, und man kommt damit zu dem lächerlichen Resultate, daß die Lage des Veklagten viel schwieriger ist, als die des Klägers (denn man denke

sich Kläger und Verklagten in gleicher Lage; Beide haben einen gerechten Erwerbsgrund für sich, aber keiner kann das Nichteigenthum eines Auktor des Anderen darthun. Hier würde in konsequenter Anwendung jener Theorie der nichtbesitzende Kläger doch den besitzenden Verklagten mit der vindicatio besiegen können, obwohl er ihn mit der actio Publiciana nicht besiegt haben würde!), ja, daß Jemand, um einem Gegner die Beweislast zuzuwälzen, seine angeblichen Ansprüche nur an einen Andern zu übertragen brauchte, denn dann hätte der Letztre nur den Akt der Uebertragung darzuthun, und der Gegner müßte das Nichtrecht des Auktor beweisen, während, wenn der Auktor selbst geklagt hätte, dieser doch nothwendig sein Recht hätte darthun müssen. — Was aber die von Thibaut zitt. Coderstellen anbelangt, so ist in denselben gar nicht auf die Frage eingegangen, was zu beweisen sei, sondern es ist dort nur von den Beweismitteln die Rede, so daß dieselben für jede Theorie als ganz irrelevant erscheinen. — Daß ein Mann wie Thibaut eine Theorie mit solchen Gründen und solchen Resultaten nicht lange vertheidigen konnte, war vorauszusehen, und wirklich hat er später seine Meinung wieder zurückgenommen im Syst. 7te Aufl. §. 566. Not. n; s. auch 8te Aufl. §. 707. Not. y. und Braun's Erörtr. S. 480.

b) Ganz anders begründet Tigerström a. a. O. seine abweichende Ansicht. Einen Beweis des dominium auctoris von dem Vindikanten zu verlangen, so meint er S. 23 fgg., verstoße gegen die obersten Regeln des römischen Rechts. Das Nichtwissen in Rücksicht jenes Umstandes, daß der Vorgänger nicht Eigenthümer sei, enthalte nämlich immer eine ignorantia facti alieni, und bekanntlich gelte ja der Satz: ignorantia facti alieni non nocet. — Es bedarf aber wohl kaum einer näheren Ausführung, daß Tigerström die wahre Bedeutung dieses Satzes ganz verkannt hat, und daß, wenn man denselben so, wie Tigerström hier thut, gebrauchen wollte, daraus wahrhaft ungeheure Absurditäten hervorgehen würden. Darnach nämlich wäre der Kläger stets, wenn er eine Klage auf etwas Anderes, als sein eigenes Faktum, gründet, von dem Beweise seines Klaggrundes frei, und der Verklagte müßte die Nicht-Existenz dieses Faktum beweisen!! Wenn Tigerström noch ferner zur Begründung seiner Meinung außer den beiden von Thibaut schon angeführten Koderstellen sich auf l. 41. §. 1. de R. V., l. 10. C. de R. V., l. 1. 2. 8. C. si quis alteri vel sibi (4, 50), l. 11. C. de pact. inter emt. et venditor. (4, 54) beruft, „durch welche Quellenzeugnisse auf das Vollständigste bewiesen werde, daß man mit der rei vindicatio habe durchdringen können, wenn man die Sache regelmäßig erworben habe", so bedarf es in der That nur einer Ansicht dieser Gesetze, um zu der Ueberzeugung zu kommen, daß dieselben für unsere Frage ganz irrelevant sind.

c) Henschel a. a. O. und besonders Kritz cit. setzen den bei dieser Kontroverse schon zum Vorschein gekommenen Absurditäten durch die Behauptung die Krone auf, daß gar kein Unterschied zwischen der rei vindicatio und der actio Publiciana bestehe, und daß also natürlich bei der erstern nur der Beweis des rechtmäßigen Erwerbs verlangt werde. Namentlich gelangt Kritz in einer historisch sein sollenden Deduktion, welche sich 213 Seiten hindurch zieht, und mit einer Menge von Belegen aus Gaius, Ulpian und dem Korp. jur. ausgespickt

ist, zu folgenden Resultaten: Zwischen der rei vindicatio und der actio Public. fand von jeher nur ein formeller Unterschied Statt. Die erstere Klage setzte nämlich einen Erwerb durch mancipatio, in jure cessio oder durch das Surrogat Beider, durch usucapio, voraus; die zweite Klage aber verlangte nur Erwerb durch einfache Tradition. Das materielle Recht aber war bei beiden Klagen stets dasselbe, und namentlich genügte zur Begründung Beider gleichmäßig das blose Faktum der Erwerbung, so daß, wenn mir eine Sache manzipirt war, einerlei von wem, ich die vindicatio, wenn sie mir aber tradirt war, ebenfalls einerlei, ob von einem dominus oder non dominus, ich die actio Publiciana anzustellen befugt war. Nachdem nun der Unterschied zwischen quiritarischem und bonitarischem Eigenthum, und die alten zivilistischen Erwerbarten der mancipatio und in jure cessio weggefallen seien, und das Formelwesen bei den Klagen aufgehört habe, sei gar kein Unterschied mehr zwischen jenen beiden Klagen. Dies werde denn auch im allerdeutlichsten Latein in l. 7. §. 8. de Publ. act. gesagt: „In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus", und daraus erkläre sich denn auch namentlich, weshalb im Codex kein Titel de Publ. actione, sondern nur de rei vindicatione vorkomme. „Spräche nun aber auch nicht ein Buchstabe im ganzen Justinianischen Rechte, und allen uns geretteten Ueberresten der römischen Jurisprudenz dafür, daß des auctoris Berechtigung zur Veräußerung in präsumtiver Gewißheit beruhe, so würde man dies annehmen müssen, um nicht gegen den Respekt für den juristischen Takt der römischen Rechtsgelehrten höchst bornirterweise (sic!) zu freveln" (S. 108). Sapienti sat! —

Eine Nebenfrage hierbei ist noch, ob der Vindikant von der Beweislast befreit werde, wenn der Gegner dessen Eigenthum zugestehe, aber Miteigenthum behaupte? So oft es auch vorkommen mag, daß in solchem Falle dem Verklagten der Beweis des Miteigenthums aufgelegt wird, so ist dies doch offenbar falsch, wie schon von selbst aus der einfachen Betrachtung hervorgeht, daß ja der Vindikant der ihm obliegenden Beweispflicht durch die Nachweisung theilweisen Eigenthums nicht genügt, s. auch Arndts im Rhein. Mus. III. S. 215 fgg. —

Hat übrigens der Verklagte das Eigenthum des Klägers abgeleugnet und diesen dadurch zu der Beweisführung genöthigt, so soll er, wenn er sich nun durch das Vorschützen dinglicher Rechte, die er vom Kläger erworben haben will (vgl. Windscheid, Lehrb. §. 197. Not. 1.), z. B. des Pfandrechts, von der Herausgabe der Sache befreien will, doch zur Strafe seines Leugnens alsbald den Besitz herauszugeben verpflichtet sein, und jene vorgeschützten anderweiten Rechte nur durch entsprechende Klagen verfolgen dürfen, Nov. 18. c. 10. Doch dürfte h. z. T. bei völlig veränderten Prozeß-Grundsätzen die praktische Giltigkeit dieser Bestimmung sich schwerlich vertheidigen lassen, vgl, auch Puchta, Lehrb. §. 168. Not. c. a. E., Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 52. Not. 16.

Anm. 2. Wie es sich verhalte, wenn der Kläger erst im Laufe des Prozesses Eigenthümer wird? ist schon früher angegeben worden, vgl. §. 160. Anm. bei III. S. 281 fgg., und dort ist namentlich auch auf die durch Innozenz bewirkte Veränderung des römischen Rechts aufmerksam gemacht.

Anm. 3. So gewiß es auch ist, daß der Eigenthümer gegen einen Besitzer seiner Sache nicht immer die Vindikation anstellen, sondern nach Verschiedenheit der Fälle passende Kontraktsklagen (z. B. actio depositi, commodati, locati u. dgl.), oder Deliktsklagen, oder possessorische Interdikte, oder die Publizianische Klage, oder die actio ad exhibendum gebrauchen wird: so gewiß ist es doch auch auf der andern Seite, daß die rei vindicatio in der Regel nur gegen den wirklichen Besitzer der im Eigenthum des Klägers befindlichen Sache mit Effekt angestellt werden kann, und zwar kommt dabei die Zeit des Urtheils in Betracht, l. 27. §. 1. h. t. Hierbei sind noch folgende Punkte hervorzuheben:

I. Daß der Verklagte gerade den Zivilbesitz habe, ist nicht erforderlich (T. 2.), obwohl nach einer Verordnung Konstantin's (T. 3; vgl. auch C. 5. §. 7. X. ut lite non contest. 2, 6) der verklagte Naturalbesitzer einer Immobilie das Recht und resp. die Verbindlichkeit hat, denjenigen zu nennen, in dessen Namen er besitzt, s. g. laudatio s. nominatio auctoris; vgl. *Lauterbach* de nominat. auctor.; in Diss. acad. vol. III. diss. 106, Gönner, Handbuch des Prozesses I. Nr. 16, Mittermaier im ziv. Arch. III. 24, Gensler ebendas. Nr. 25, v. Langenn und Kori, Erörtr. prakt. Rechtsfragen I. 13, Linde, Abhandl. I. 4, Flach in Gießer Zeitschr. XVII. 3, Strippelmann, neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des O. A. G. zu Cassel Bd. V. Abth. 2. S. 658 fgg., Wirsing, über das Wesen und die prozessualische Natur der nominatio auctoris. Würzburg 1848, Briegleb, Einl. in die summar. Prozesse S. 278 fgg., Emminghaus in der Gieß. Zeitschr. N. F. XVIII. S. 421 fgg. Eine Verbindlichkeit zur laudatio auctoris liegt dem beklagten Detentor im Verhältniß zu seinem Auktor ob, indem er diesem verantwortlich wird, wenn er mit Unterlassung der nominatio den Prozeß selbstständig durchführt. Dem Vindikanten gegenüber erscheint aber die laudatio auctoris als eine dem beklagten Detentor eingeräumte Rechtswohlthat, indem dieser an und für sich der rechte Beklagte ist (T. 2.), und der Kläger ohne diese Rechtswohlthat nicht genöthigt werden könnte, gegen einen Dritten die Vindikation anzustellen. Daß man meistens diese verschiedenen Beziehungen, die bei der laudatio auctoris in Betracht kommen, nicht gehörig unterscheidet, sondern auch dem Vindikanten gegenüber eine Verbindlichkeit des Detentor anzunehmen pflegt, ist der Hauptgrund, aus welchem so Viele (z. B. auch der neueste Bearbeiter dieser Lehre, Wirsing, in der zit. Abh.) sich in dieses an und für sich sehr einfache Rechtsverhältniß nicht zu finden wissen. Macht nun der beklagte Detentor von seinem Rechte zur laudatio auctoris wirklich Gebrauch, so ist der Auktor davon zu unterrichten, und zur Uebernahme des Prozesses aufzuforbern; leistet dieser Folge, so tritt er jetzt in die Rolle des Beklagten ein, und der ursprüngliche Beklagte ist von der Klage zu entbinden; ist er aber contumax, so muß der Detentor die Sache an den Kläger herausgeben, und der Auktor kann sich nur durch Anstellung der rei vindicatio helfen. Ueber den andern möglichen Fall, wenn der Naturalbesitzer seinen Auktor nicht nennt, schweigt die Verordnung Konstantin's. Die herrschende Meinung (vgl. z. B. Glück VII. S. 196 fgg., Gesterding, Eigenthum S. 320, Fritz, Erläutr. S. 297. u. f. w.)

geht nun dahin, daß in einem solchen Falle der Detentor wie ein *fictus possessor*, qui liti sese obtulit, zu kondemniren sei, was besonders dadurch folgenreich sein würde, daß derselbe nicht auf Herausgabe der Sache, sondern nur auf den Werth verurtheilt würde, und der Kläger dann noch gegen den verus possessor auftreten, und die Sache selbst abholen könnte. Hält man aber den vorher angedeuteten Gesichtspunkt fest, so muß diese Meinung schlechthin verworfen werden, sondern in Gemäßheit der durch Konstantins Verordnung durchaus nicht aufgehobenen l. 9. h. t. muß vielmehr der Detentor als rechter Verklagter — denn er hat ja die facultas restituendi — angesehen, und also auf Herausgabe der Sache selbst cum omni causa verurtheilt werden, so daß nun der Dritte, um die Sache wieder zu erlangen, sich nur der rei vindicatio bedienen kann, aber natürlich auch entsprechende Entschädigungs-Klagen gegen den Detentor, der seiner Verbindlichkeit zur laudatio auctoris nicht nachgekommen ist, anzustellen befugt ist.

II. Leugnet der Verklagte den Besitz, so muß natürlich der Kläger denselben beweisen, und gelingt ihm diese Beweisführung, so muß der Verklagte, zur Strafe seines Leugnens, den Besitz alsbald an den Kläger herausgeben, und selbst die Rolle des Klägers übernehmen, l. ult. h. t. (welche Stelle sich ursprünglich gewiß auf das, uns erst durch das neuerlich entdeckte Fragment aus Ulpian's Institutionen näher bekannt gewordene interdictum Quem fundum bezog, vgl. Rudorff in der Zeitschrift für gesch. Rw. IX. S. 28 fgg.). Wenn man hierher auch gewöhnlich Nov. 18. c. 10. zieht, vgl. z. B. Glück VIII. S. 202, so ist dieses unrichtig; der wahre Inhalt dieses Gesetzes ist vorher bei Anm. 1. a. E. angegeben worden.

III. Die Regel, daß die Vindikation mit Effekt nur gegen den wirklichen Besitzer unsrer Sache gebraucht werden könne, leidet jedoch mehrfache Modifikationen, und zwar kommt hier:

1) besonders die *ficta possessio* in Betracht, nach der Regel: dolus pro possessione est, l. 131. de R. J., vgl. Glück VII. S. 524 fgg., VIII. S. 203 fgg., Wetzell S. 211 fgg., Schmid S. 280 fgg., Schirmer, prätor. Judizialstipul. S. 158 fgg. Es kommt dies in zwei Fällen vor, nämlich:

a) si quis liti sese obtulit, d. h. wenn ein Nichtbesitzer sich auf eine gegen ihn angestellte Vindikation so einläßt, wie wenn er Besitzer wäre, l. 25. 26. 27. pr. h. t. Doch wird derselbe dann entschuldigt: „si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire eum non possidere“, l. 45. de H. P., l. 25. 26. h. t., so wie auch dann, wenn er noch vor der Litis-Kontestation seinen Nichtbesitz vorschützt, l. 25. h. t., er müßte denn durch seine Angabe, daß er Besitzer sei, den Kläger von der Anstellung der Vindikation gegen einen Andern abgehalten haben, in welchem Falle er selbst dann kondemnirt werden muß, wenn er auch vor der Litis-Kontestation seinen Nichtbesitz eingestände, l. 27. pr. h. t., welches Letztere zwar von Wetzell S. 215. und Wächter, Erörtr. H. 3. S. 128. in Abrede gestellt wird, aber gewiß mit Unrecht („*omnimodo* condemnandus est“, l. 27. pr. cit.).

b) si quis dolo malo possidere desiit. Während früherhin in solchen Fällen vornehmlich eine besondere actio in factum Statt fand, vgl. tit. Dig. IV. 7, Cod. II. 55. de alienat. jud. mutandi causa facta (vgl. §. 696), wurde später die Bestimmung des s. g. SC. Juventianum bei der hereditatis petitio, l. 20. §. 6, l. 25. §. 2 sqq. de H. P. auch auf die rei vindicatio angewendet, l. 27. §. 3. h. t., so daß nun die allgemeine Regel galt: „semper, qui dolo fecit quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet"; l. 157. §. 1. de R. J.

Für beide Fälle der ficta possessio gilt nun gleichmäßig das Prinzip, daß der fictus possessor ganz so, wie wenn er wirklich besäße, kondemnirt wird, also auf den durch das juramentum in litem des Klägers zu bestimmenden Werth, l. 68. 69. 71. h. t., und zwar so, daß er selbst nicht einmal die Zession der Klage gegen den wirklichen Besitzer fordern kann, l. 69. 70. h. t., Wetzell S. 225 fgg. Für den Fall: si quis dolo possidere desiit, ist dies ganz unzweifelhaft, vgl. die zitt. Gesetze. Für den andern Fall aber: si quis liti se obtulit, stellt namentlich Gesterding S. 319. wegen l. 45. de H. P. verb.: *aestimari oportebit, quanti ejus interfuit non decipi*, die Behauptung auf, daß der fictus possessor nicht auf den Sachwerth, sondern nur auf soviel zu kondemniren sei, als durch den dolus desselben dem Kläger geschadet sei; aber dies widerlegt sich schon hinreichend durch l. 13. §. 13. eod.: „Quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat: omnem, qui se offert petitioni, *quasi possidentem teneri*", und die l. 45. cit. ist nicht dagegen, da die vorher ausgezogenen Worte nur auf die Ansprüche *„ex clausula doli"* zu beziehen sind. — Hierbei entsteht nun auch die Frage, ob neben dem fictus possessor auch noch gegen den wirklichen Besitzer geklagt werden könne? Wenn man zuerst den letzteren ausgeklagt, und also die Sache selbst schon in Händen hat, so ist es allgemein anerkannt, daß der fingirte Besitzer nicht mehr belangt werden kann. Für den umgekehrten Fall herrscht zwar Streit, aber man muß hier gewiß noch die Ausklagung des verus possessor einräumen, indem nicht nur die Gesetze dies speziell aussprechen, l. 13. §. 14. de H. P., l. 7. de R. V., l. 95. §. 9. de solut., sondern auch der allgemeine Grund dafür spricht, weil die Kondemnation des fictus possessor mehr nur als Strafe des dolus erscheint, Glück VII. S. 530 fgg. Eine eigenthümliche Meinung hat Gesterding S. 345 fgg. „Die litis aestimatio sei nämlich überhaupt wie ein Kauf anzusehen, l. 1. 3. pro emtore (41, 4), und daß dies namentlich auch dann der Fall sei, wenn wegen des Dolus des Verklagten der Käufer in litem geschworen habe, gehe aus l. 46. 47. de R. V. hervor. Da man nun aber durch blosen Kauf nicht Eigenthümer werde, so verstehe es sich von selbst, daß durch den Empfang der litis aestimatio der Kläger nicht abgehalten werden könne, gegen den verus possessor mit der Vindikation aufzutreten. Sei dies aber mit Erfolg geschehen, so dürfe er die Sache nicht für sich behalten, sondern sei verbunden, sie dem Käufer, d. h. dem früheren fictus possessor, herauszugeben". Diese Ansicht beruht jedoch auf dem falschen Vordersatze, daß die litis aestimatio auch dann, wenn gegen einen fictus possessor geklagt sei, als Kauf angesehen werden dürfe, was sehr bestimmt durch l. 69. 70. h. t., und

namentlich durch den in l. 70. angegebenen Grund: „ne in potestate cujusque sit per rapinam ab invito domino rem justo pretio comparare" widerlegt und durch die dafür angeführten l. 46. 47. h. t. nicht bewiesen wird. Denn in l. 46. ist augenscheinlich von einem Falle die Rede, wo gegen den wirklichen Besitzer geklagt, und dieser ungehorsam gegen das arbitrium judicis de re restituenda ist, und der Fall in l. 47. unterscheidet sich von dem vorigen nur dadurch, daß der Verklagte nicht contumax ist, sondern dem arbitrium nicht Folge leisten konnte, weil ihm die Sache ohne seinen dolus abhanden gekommen war. Dies wird entschieden dadurch bewiesen, daß hier nicht von einem juramentum in litem, sondern von der durch den judex vorzunehmenden aestimatio die Rede ist („non aliter litem aestimari *a judice*"). Ist nun hiernach die von einem fictus possessor gegebene litis aestimatio nicht als Kauf anzusehen, so fällt auch der Folgesatz von selbst hinweg, daß der Kläger die nachher von dem verus possessor ausgeklagte Sache an den fictus possessor herausgeben müsse, wogegen insbesondere auch noch der schon vorher berührte Satz spricht, daß der Letztere keine Zession der vindicatio verlangen darf. Vgl. auch Schmid S. 283 fgg.



Supponirt man in den beiden Fällen der ficta possessio statt des dolus blose culpa, so müssen natürlich die Entscheidungen ganz anders ausfallen. Hat sich nämlich Jemand irrthümlich für den Besitzer gehalten und darum in den Prozeß eingelassen, so ist er zu absolviren, und nur den durch seine culpa hervorgebrachten Schaden dem Kläger zu ersetzen schuldig. Hat aber Jemand kulposer Weise zu besitzen aufgehört, so ist zu unterscheiden, ob dies vor oder nach dem Prozeß geschah. Im ersteren Falle ist der bonae fidei possessor von aller Verantwortung frei, l. 31. §. 3. de H. P., während der malae fidei possessor allerdings auch wegen bloser culpa verantwortlich ist, l. 25. §. 2, l. 31. §. 3. de her. pet., l. 45. h. t. Im zweiten Falle dagegen muß der bonae wie der malae fidei possessor auf die aestimatio kondemnirt werden, l. 63. h. t., und wenn es nach l. 27. §. 1. h. t., l. 17. de exc. rei judic. (44, 2) scheinen könnte, daß der bonae fidei possessor selbst in diesem Falle absolvirt werden müsse, so liegt in diesen Gesetzen doch wohl nur ein nicht ganz genauer Ausdruck zu Grunde, denn nach den in dem folg. §en zu besprechenden Prinzipien und nach l. 63. cit., vgl. mit l. 21. eod., kann es nicht bezweifelt werden, daß post litem contestatam auch culpa prästirt werden muß. Erfolgt aber wegen kulposen Aufgebens des Besitzes die Kondemnation, so fällt hier nicht nur das juramentum in litem hinweg, sondern der Kondemnirte hat auch einen Anspruch auf Zession der Vindikation gegen den dritten wirklichen Besitzer, und auch ohnedies die actio Publiciana, l. 63. h. t. vgl. mit l. 70. eod. S. auch Wetzell S. 219 fgg., Wächter, Erörtr. Heft. 3. S. 130 fgg., Savigny, Syst. VI. S. 167 fgg.

2) Eine zweite wichtige Modifikation unsrer Regel besteht darin, daß in einigen Ausnahmsfällen (denn man vgl. l. 4. C. comm. utriusque judic., l. 6. C. de R. V., l. 8. C. si quis alteri vel sibi) wenigstens eine *utilis* vindicatio gegen denjenigen angestellt werden kann, welcher mit unserm Gelde Sachen angeschafft hat, vgl. Glück VIII. S. 159 fgg., Schmid S. 271 fgg., Ihering

in sein. dogmat. Jahrbb. I. S. 133 fgg. S. 145 fgg., Pagenstecher III. S. 22 fgg., und zwar ist dies der Fall:

a) bei dem Soldaten, indem dieser die genannte Klage gegen seinen Geschäftsführer (vgl. über diese meistens verkannte Beschränkung Ihering S. 146 fgg.) gebrauchen kann, der mit seinem Gelde Sachen erwarb, l. 8. C. de R. V. Daß dieses gerade kastrensisches, oder gar zum peculium *castrense* gehöriges Geld sein müsse, wie dies häufig behauptet wird, s. z. B. Glück VIII. S. 164, ist eine ungesetzliche Beschränkung, denn in der l. 8. cit. heißt es ganz allgemein: si pars adversa *pecunia tua* quaedam nomine suo comparaverit, und eben so wenig kann die Behauptung Glücks a. a. O. gebilligt werden, daß der Soldat diese utilis vindicatio nur in subsidium habe, wenn persönliche Klagen nicht zur vollen Befriedigung führten, denn in der l. 8. cit. ist augenscheinlich dem Soldaten die freie Wahl gegeben, ob er die utilis vindicatio oder die actio mandati oder negotiorum gestorum gebrauchen wolle.

b) Bei den unter Vormundschaft stehenden Personen (nicht blos, wie man gewöhnlich sagt, bei Pupillen und Minderjährigen, denn die l. 2. quando ex facto spricht ganz allgemein), wenn der Vormund mit deren Gelde Sachen für sich angeschafft hat, l. 2. quando ex facto tutoris (26, 9), l. 3. C. arbitr. tut. (5, 51). Die l. 2. cit. mit manchen Aeltern, vgl. die bei Glück VIII. S. 159 fgg. Angeff., und unter den Neuern mit v. Löhr in seinem Magazin IV. S. 140 fgg., blos von einer actio *hypothecaria* verstehen zu wollen, ist meiner Ansicht nach unmöglich, denn wenn für die beiden in diesem Gesetz entschiedenen Fälle (ein Vormund hat aus Mündelgeld in eignem Namen ein Darlehn gegeben, oder er hat mit Mündelgeld auf eignen Namen ein Grundstück gekauft) die Entscheidung gegeben wird:

„utilis actio ei, cujus pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam“,

so kann dies offenbar nur den Sinn haben, daß in dem einen Fall die betreffende Klage aus dem Obligations-Verhältnisse [vgl. auch l. 2. 4. C. quando ex facto (5, 39)], in dem andern aber die Klage aus dem Eigenthumsrechte als utilis actio angestellt werden dürfe, und diese Auslegung wird sehr bestimmt durch l. 3. C. cit. bestätigt, wo in einem solchen Falle dem Pflegling die Wahl gelassen wird:

„utrum malis *in emtione negotium tibi eum gessisse,* an — — legitimas usuras ab eo accipere“,

denn in diesem Reskripte mit v. Löhr S. 144. eine Singularität für den Fall annehmen zu wollen, wenn der Vormund Geld, welches zur Anschaffung von Sachen vermöge obrigkeitlichen Dekrets deponirt gewesen, arglistig für sich angewendet habe, giebt es keinen hinlänglichen Grund. Allerdings steht auch dem Pupillen in einem solchen Falle ein gesetzliches Pfandrecht zu (s. unten §. 376. Anm.), aber ein Pfandrecht an eigener Sache — wie v. Löhr unter Voraussetzung der herrschenden Lehre annehmen zu müssen glaubt, und worin eben der Hauptgrund seiner entgegengesetzten Meinung liegt — ist dies nicht, denn der Mündel ist ja nicht wirklicher Eigenthümer, sondern er hat nur die Wahl, ob er wie ein Eigenthümer betrachtet werden, oder ob er sein gesetzliches Pfandrecht

geltend machen will, also immer nur Eins oder das Andere, so daß ein Zusammentreffen von Eigenthum und Pfandrecht hierbei nie vorkommt. — Die richtige Meinung wird auch noch h. z. T. von den Meisten vertheidigt, vgl. z. B. außer den Lehrbb. Glück VIII. S. 159 fgg., Rudorff, Vormundschaft II. S. 325. 326, Fritz, Erläutr. Heft 2. S. 293 fgg., v. Buchholtz, Versuche Nr. 19, *Sprengel*, de jure pupilli in res, quas tutor pecun. pupillari comparavit. Rost. 1832, Schmid S. 273 fg., Sell S. 348 fg., Jhering S. 150 fgg., Pagenstecher S. 24, Dernburg, Pfandr. I. S. 325 fgg.

c) Wenn ein Ehegatte dem andren Geld geschenkt und dieser mit dem geschenkten Gelde eine Sache angeschafft hat. Wenn nämlich in einem solchen Falle der Beschenkte insolvend geworden ist, die mit dem geschenkten Gelde angeschafften Sachen sich aber noch in seinem Vermögen befinden: so kann der Schenker, welcher die Schenkung widerrufen will, zu diesem Zwecke nicht blos eine condictio gebrauchen, sondern es steht ihm auch eine utilis vindicatio zu, l. 55. de donat int. vir. et uxor. (24, 1): „sed nihil prohibet, etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accomodare", vgl. auch l. 30. eod. Wenn auch in der l. 55. cit. blos von der Ehefrau die Rede ist, welche ihrem Manne Geld geschenkt hat, so nehmen doch die meisten Neueren, und wohl mit Recht dasselbe auch bei dem Ehemanne an, vgl. auch l. un. §. 5. C. de rei ux. act. (5, 13). — Ueber einen andern, häufig ebenfalls hierher gezogenen Fall, wenn mit Dotalgeld Sachen angeschafft wurden, ist schon an einem andern Orte die Rede gewesen, s. oben §. 218.

Daß aber in diesen drei Fällen nur eine *utilis* vindicatio zusteht, ist nicht ohne praktische Bedeutung: denn daraus geht namentlich hervor, daß die *directa* vindicatio noch immer dem wahren Eigenthümer, also dem Erwerber der Sache zusteht, und dieser nur demjenigen weichen muß, dem die utilis vindicatio eingeräumt ist, und damit hängt auch weiter zusammen, daß mit dem Erlöschen der direkten vindicatio in der Person des Erwerbers, also mit dem Aufhören von dessen Eigenthum, auch die utilis vindicatio erlöschen muß, und daß dieselbe also namentlich gegen den Singular-Successor des Erwerbers niemals angestellt werden kann, vgl. Jhering a. a. O. S. 161 fgg. Wie man aber dazu gekommen ist, in diesen Fällen auch eine Ausnahme von den in der ersten Anm. angegebenen Grundsätzen über den Beweis des Eigenthums anzunehmen, indem der mit einer solchen utilis vindicatio Auftretende nur zu beweisen brauche, daß die Sache mit seinem Gelde angeschafft sei, vgl. z. B. Glück VIII. S. 159. 188, ist schwer zu sagen, und nur soviel versteht sich von selbst, daß dieser Beweis dann genügt, wenn diese utilis vindicatio gerade gegen den Erwerber selbst oder dessen Erben angestellt wird. Wird sie aber gegen solche Personen gebraucht, gegen welche der Erwerber selbst mit der directa vindicatio hätte auftreten müssen, so ist es doch wohl nicht dem mindesten Zweifel unterworfen, daß der Kläger in solchen Fällen auch das Eigenthum des Verkäufers zu beweisen verpflichtet ist; vgl. auch Gesterding S. 363.

3) Endlich ist hier auch noch der berüchtigte *casus unus Institutionum* wenigstens zu erwähnen. Nachdem nämlich in §. 2. J. de actionib. zuerst von

der **actio confessoria** und dann von der **actio negotoria s. negativa** gesprochen ist, fährt der Kaiser so fort:

> **„Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est; nam in his is agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse.** ***Sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit".***

Ueber den Fall, auf welchen Justinian hier hingedeutet habe, ist schon unendlich viel gestritten worden, vgl. über die verschiedenen Meinungen *Cocceji* **jus controv. lib. VIII. tit. 5. qu. 3. (edid. Emminghaus II. p. 51 sqq.),** ***Doujat,*** **de uno casu in §. 2. J. de act. (excurs. XVIII. ad Theophili paraph. edid. Reitz. tom. II.) §. 1—16,** ***Schrader,*** **comm. perpet. ad §. 2. J. cit. p. 636,** ***Francke,*** **probabilium de uno casu in §. 2. J. de act. commemorato Part. I. Jen. 1839,** Fritz in der Gießer Zeitschrift N. F. I. S. 47 fgg., ***Buechel,*** **de uno casu etc. Marb. 1847,** Zimmermann in der Gieß Zeitschr. N. F. XI. S. 267 fgg., Bekker in sein. Jahrb. III. S. 130 fgg., Fritz, weitere Vertheidigung der Accurs.-Erklärung des **unus casus.** Freib. 1861, (auch in der Gießer Zeitschrift N. F. XVIII. S. 457 fgg., XIX. S. 116 fgg.), Pagenstecher III. S. 44 fgg. Es ist wenig Hoffnung vorhanden, daß sich die Juristen jemals über die Lösung dieses Räthsels einigen werden, und so sind namentlich auch die neuesten Schriftsteller noch sehr verschiedener Ansicht. So glaubt z. B. Francke a. a. O. es gebe wirklich im Justinianischen Rechte keinen solchen Fall mehr, und den Verfassern der Institutionen hätten solche Stellen aus juristischen Schriften vorgeschwebt, die in die Pandekten nicht aufgenommen wären; sein Versprechen, diesen im Justinianischen Rechte veralteten Fall nachzuweisen, hat übrigens Francke bisher meines Wissens nicht erfüllt. Puchta, Kursus der Institut. II. §. 232. Note c. und Lehrbuch §. 168. Note i, bezieht die Institutionen-Stelle auf den Fall, wenn Jemand die Vindikation gegen denjenigen anstelle, **qui vi, clam vel precario ab actore possidet (l. 3. pr. uti possidet.,** vgl. **l. 15. §. 4. de prec.),** denn hier sei ja nach einer früheren, im Justinianischen Rechte freilich verworfenen Theorie der Kläger noch immer **[justus] possessor.** Fritz a. d. aa. OO. denkt mit der Glosse **ad h. l.** an den Fall, wenn der juristische Besitzer, der durch einen Andren besitzt, sich veranlaßt sieht, gegen diesen Andren die **rei vindicatio** anzustellen; vgl. auch Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 514. Note 2, Schmid I. S. 276. Note 30, Sell S. 387, ***Lehr*** **cit. p. 24 sqq.** — Büchel cit. hat unter Berufung auf **l. 3. §. 7. sub. f. uti possidet. (43, 17)** den Fall vor Augen, wenn der **dominus superficiei** gegen den gewesenen Superfiziar die Eigenthumsklage erhebt. Zimmermann denkt an den Fall, wenn der Eigenthümer die Vindikation gegen einen ***fictus*** **possessor** erhoben, und dann nach der **litis contestatio** die Sache in seine Hände bekommen hat; in solchem Falle müsse **arg. l. 7. de R. V. (6, 1), l. 13. §. 14. de H. P. (5, 3)** [? vgl. dagegen Fritz in dem angef. Programm S. 17 fgg.] die Vindikation nichts desto weniger fortgehen, und der Beklagte verurtheilt werden, so daß also hier wirklich ein Fall vorliege, wo der **qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet.** Bekker findet den **unus casus**

bei der **causa liberalis**, wobei ja bekanntlich der angebliche Sklave, auch wenn er die Rolle des **petitor** zu übernehmen hat, doch während des Prozesses immer in die **possessio libertatis** kommt, **l. 24, l. 25. §. 2. de liber. causa (40, 12), l. 14. C. eod. (7, 16)**, und Pagenstecher endlich will die Institutionen-Stelle aus der schon oben (vgl. Nr. II. dieser Anm.) besprochenen **l. ult. de R. V.** erklären, indem er annimmt, daß in dem hier angegebenen Fall der **translatio possessionis** der alte Prozeß ohne Wechsel der Partheirolle fortdauere. — M. E. ist auch durch diese neuesten Versuche das Räthsel nicht gelös't worden, und ich muß es unter diesen Umständen für ein wahres Glück halten, daß die ganze Frage auch nicht die mindeste praktische Wichtigkeit hat.

2) Verbindlichkeiten der besiegten Verklagten. §. 333.

1) *Ulp.* l. 68. 6, 1.: Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit, quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. — 2) *Paul.* l. 71. eod.: Quodsi possessor quidem dolo fecit, actor vero jurare non vult, sed quanti res sit, adversarium condemnari maluit, mos ei gerendus est.

Anm. Da die wesentliche Tendenz des Vindikations-Prozesses dahin geht, daß das Eigenthumsrecht des Klägers wirksame Anerkennung finde, so versteht sich die Verbindlichkeit des Verklagten von selbst, die fragliche Sache **cum omni causa** an den Kläger herauszugeben. Was nun hier

I. die Verpflichtung in Betreff der Sache selbst anbelangt, so ist wesentlich zwischen dem gutgläubigen und dem bösgläubigen Besitzer zu unterscheiden. Was zunächst:

1) den **malae fidei possessor** betrifft, so wollen zwar Manche bei demselben von vorne herein eine Mora annehmen, woraus namentlich folgen würde, daß derselbe nicht blos für **dolus** und **culpa**, sondern sogleich von Anfang seines Besitzes an auch für **casus** einstehen müßte, vgl. Glück **VIII.** S. 243 fgg. und die dort Angeff., Mühlenbruch, Lehrbuch §. 271 und 355; aber eine solche Annahme ist weder in der Natur der Sache, noch in den Gesetzen begründet, und nur bei dem Diebe und gewaltsamen Besitzer, also im Falle einer durch eigentliches Delikt begründeten **malae fidei possessio** läßt sich eine wahre **mora**, und folgeweise eine Haftung wegen **casus** annehmen, **l. 8. §. 1, l. 17, l. ult. de cond. furt. (13, 1), l. 19. de vi (43, 16)**, v. Madai, die Lehre von der

Mora S. 179 fgg. Abgesehen hiervon gilt vielmehr die Regel, daß der bösgläubige Besitzer zwar wohl wegen dolus und culpa haftet, s. oben S. 649, aber nicht auch wegen zufälliger Verschlechterung oder zufälligen Untergangs der Sache. Diese Regel gilt aber nur für die Zeit vor dem Prozesse, denn durch die Litis-Kontestation verändert sich allerdings die rechtliche Lage des malae fidei possessor dahin, daß er von nun an wie ein debitor morosus angesehen wird, und ganz wie dieser, auch für zufällige Verschlechterung oder zufälligen Untergang haften muß, wenn er nicht beweisen kann, daß der dadurch bewirkte Schaden den Kläger auch im Falle früherer Restitution getroffen hätte, l. 20. §. 21, l. 40. pr. de H. P. (5, 3), vgl. l. 14. §. 11. quod met. causa (4, 2); vgl. unten Bd. III. §. 588. Anm. 3. Auf diese letztere Beschränkung deutet wohl auch die Aeußerung des Paulus in l. 16. pr. h. t.: „non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet“, und eben so finden hierin auch die Worte in l. 62. h. t.: „— — periculum navis [malae fidei] possessor petitori praestare non debet“ ihre Erklärung, denn aus diesen Stellen den Satz ableiten zu wollen, daß der malae fidei possessor für den Zufall gar nicht hafte, ist nach den übrigen klaren Aussprüchen unsrer Gesetze nicht wohl möglich. Daß der Dieb und der gewaltsame Besitzer unbedingt für den casus einstehen müßten, und auch der Beweis jener Einrede sie nicht befreien könne, wird zwar öfter behauptet, aber meiner Ueberzeugung nach mit Unrecht; vgl. darüber unten Bd. III. §. 588. Anm. 3. geg. E.

2) In Betreff des bonae fidei possessor ist zunächst soviel ausgemacht, daß er wegen des vor dem Prozeß Geschehenen gar nicht verantwortlich ist, l. 25. §. 11, l. 31. §. 1. de H. P. (5, 3). Für die Zeit nach erhobenem Prozeß ist aber die Behauptung sehr gewöhnlich, daß derselbe jetzt in die Lage eines malae fidei possessor komme, eine Behauptung, die allerdings auch durch mehrfache Quellenzeugnisse unterstützt wird, vgl. bes. l. 20. §. 11, l. 25. §. 7. de H. P., u. s. auch l. 31. §. 3. eod., l. 45. h. t., l. 2. C. de furt. (7, 51). Daß eine solche, von selbst eintretende Umwandlung der bonae fidei possessio in eine malae fidei possessio sich durch keine innern Gründe rechtfertigen läßt, sondern in hohem Grade unnatürlich ist, bedarf wohl keiner besondern Ausführung, vgl. auch Kierulff, Theorie I. S. 277 fg. Note, Buchka, Einfluß des Proz. I. S. 211 fgg., Wächter, Erörtr. H. 3. S. 106 fgg., Savigny, System VI. S. 84 fgg., und in der That finden wir denn auch diese Gleichstellung in den einzelnen Anwendungsfällen keineswegs durchgeführt. Während nämlich der malae fidei possessor nach eingeleitetem Rechtsstreite auch für den Zufall einsteht (s. Nr. 1), so ist dies bei dem bonae fidei possessor keineswegs der Fall, sondern dieser haftet von da an allerdings zwar für dolus und culpa, aber nicht auch für den *casus*, vgl. bes. l. 40. pr. de H. P. (5, 3):

> *Paul.* „Illud quoque, quod in Oratione Divi Hadriani est, ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas, interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia, aut jumenta, aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba Orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. Et hoc justum

esse in specialibus petitionibus Proculo placet; Cassius contra sensit. *In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere*";

siehe auch Wetzell a. a. O. S. 175 fgg., Buchka a. a. O. I. S. 200 fgg., Savigny VI. S. 177 fgg. Ob jene Quellen-Aussprüche, in denen für die Zeit nach erhobenem Prozeß eine Gleichstellung des bonae und des malae fidei possessor angenommen wird, ursprünglich blos von solchen Besitzern von Erbschaftssachen geredet haben, welche zum Zweck der usucapio pro herede Besitz ergriffen hatten, wie Savigny a. a. O. S. 90 fgg. vermuthet, mag hier dahin gestellt bleiben; für das Justinianische Recht paßt diese Erklärung natürlich nicht, sondern hiernach kann jene Parallele nur so aufgefaßt werden, daß der bonae fidei possessor durch die Einleitung des Prozesses in eine ähnliche Lage komme, wie der malae fidei possessor vor dem Prozeß, vgl. bes. Wächter a. a. O. S. 106 fgg. Kommt aber der bonae fidei possessor in eine wahre mora, was nach römischem Prozesse namentlich dann der Fall war, wenn er dem der condemnatio vorausgehenden arbitrium de restituendo schuldhafter Weise nicht folgte, so muß er natürlich ungeachtet seiner bonae fidei possessio, doch auch für den casus einstehen, l. 15. §. 3. h. t., Wetzell a. a. O. S 177 fgg., Wächter a. a. O. S. 133. Note 93a, Savigny a. a. O. S. 178. —

Uebrigens ist hier noch zu bemerken, daß wenn die vindizirte Sache sich noch bei dem Beklagten befindet, der Kläger die Wahl hat, ob er die Herausgabe derselben erzwingen, oder im Falle der Weigerung die Leistung des Interesse in Gemäßheit des von ihm abzulegenden juramentum in litem fordern will, T. 1. und oben §. 171. Anm. Die Sache ist aber an dem Orte zu restituiren, wo sie sich befindet, und verlangt also der Kläger die Leistung an dem Prozeßorte, so geschieht der Transport auf seine Gefahr und Kosten, es müßte denn der Besitzer die Sache böslicher Weise von dem Prozeßorte entfernt haben, l. 10—12. h. t., cf. l. 11. §. 1. ad exhib. (10, 4). — In wiefern die Annahme der litis aestimatio als Kauf gelte, ist schon oben berührt worden, vgl. S. 648 fg.

II. Aber nicht blos die Sache soll restituirt werden, sondern die Sache *cum omni causa*, worunter zwar nicht allein (vgl. l. 20. h. t., l. 35. 75. 246. de V. S., Glück VIII. S. 220 fgg., Buchka I. S. 242 fgg.), aber doch vorzüglich die Früchte verstanden werden. Welche Verbindlichkeit in dieser Beziehung der bonae fidei possessor für die Zeit vor der Litis-Kontestation habe, ist schon an einem andren Orte besprochen worden, vgl. oben §. 326. Anm. 2. Was aber

1) den *malae fidei possessor* anbelangt, so gilt der Grundsatz, daß dieser alle Früchte ersetzen muß, also namentlich durch Konsumtion derselben von der Ersatzverbindlichkeit nicht befreit wird, l. 22. C. h. t.:

„Certum est, malae fidei possessores *omnes* fructus solere cum ipsa re praestare, bonae fidei vero exstantes, post autem litis contestationem universos",

§. 35. J. de rer. divis., und überdieß hat er nicht blos für die fructus per-

cepti, sondern auch für die fructus percipiendi einzustehen. Hierbei sind aber noch einige Punkte besonders hervorzuheben:

a) Während die herrschende Lehre dahin geht, daß der unredliche Besitzer nicht blos für die Zeit nach der Litis-Kontestation, sondern sogleich vom Anfang seiner malae fidei possessio an, für die fructus percipiendi einstehen müsse, so ist dieses Letztre neuerlich von Madai in der Gießer Zeitschrift XI. 1. in Abrede gestellt worden, und auch Wetzell a. a. O. S. 168 fgg. S. 251 fgg. nimmt wenigstens für die Rei vindikatio diese Beschränkung an, während er für die hereditatis petitio sich der herrschenden Lehre anschließt. M. E. sind beide Ansichten, sowohl die von Madai, als die von Wetzell unhaltbar. Es ist zwar allerdings sehr wahrscheinlich, daß im alten Rechte der unredliche Besitzer für die Zeit vor dem Prozeß für die vernachläßigten Früchte nicht einzustehen hatte; aber für die hereditatis petitio ist durch die Bestimmungen des SC. Juventianum über den dolus praeteritus (l. 20. §. 6, l. 25. §. 2. 7. de H. P., vgl. l. 13. §. 2. eod.) entschieden das Gegentheil eingeführt worden, l. 25. §. 4. 9. de H. P., und gerade diese Neuerungen in Betreff des *dolus praeteritus* wurden dann von den römischen Juristen auch auf die *rei vindicatio* angewendet, l. 27. §. 3. h. t. Entscheidend für die richtige Ansicht ist auch §. 2. J. de offic. jud. (4, 17), denn während hier bei dem bonae fidei possessor zwischen der Zeit vor und nach dem Prozeß unterschieden wird, wird für den malae fidei possessor sowohl bei der hereditatis petitio, als auch bei der rei vindicatio, ohne jene Unterscheidung die Verbindlichkeit zur Haftung ausgesprochen, und wenn Wetzell S. 258. meint, durch das *paene* sei doch die Existenz eines Unterschieds zwischen der Eigenthums- und Erbschafts-Klage angedeutet, und dieser Unterschied bestehe eben darin, daß der Besitzer bei der erstren Klage für die fructus percipiendi ante litem contestatam nicht hafte, wohl aber bei der letztren: so braucht hiergegen nur erinnert zu werden, daß dieser Unterschied, wenn er begründet wäre, so wesentlich und bedeutend sein würde, daß das „*paene eadem* ratio“ wahrhaft lächerlich wäre; überhaupt aber soll wohl, nach der scharfsinnigen Bemerkung Schrader's ad h. l. in jenen Worten nicht die rei vindicatio und die hereditatis petitio, sondern es sollen vielmehr die fructus percipiendi und die fructus percepti mit einander verglichen werden. — Außerdem sprechen für die richtige Ansicht auch noch l. 1. C. Th. de fruct. et lit. exp. (4, 18), und l. 5. C. h. t., denn die letztre Stelle mit Wetzell S. 169. auf die hered. petitio zu beschränken, liegt keine Nöthigung vor, indem ja auch eine Vindikation auf den Grund eines Erbrechts häufig vorkommt, und gegen jene Beschränkung spricht wohl entscheidend die Stellung jener Konstitution unter die Rubrik: de rei vindicatione. — Mit größtem Rechte haben haben sich denn auch fast alle Späteren gegen Madai und Wetzell erklärt, und es ist auch h. z. T. noch die herrschende Lehre, daß der unredliche Besitzer sogleich vom Anfang seiner malae fidei possessio für die vernachläßigten Früchte einstehen müsse, vgl. z. B. Heimbach, die Lehre von der Frucht S. 156 fgg., S. 179 fgg., Wächter, Erörtr. H. I. S. 68 fgg., H. III. S. 133, Savigny VI. S. 108, Puchta, Lehrbuch §. 170, Sintenis, Zivilrecht I. §. 52. S. 518, Mühlenbruch,

Lehrbuch §. 271. Anm. 7. (in der neuesten Ausg. dieses Lehrb. a. a. O. hat auch Madai selbst seine frühere Ansicht zurückgenommen); Schmid, Hdb. I. S. 306 fgg. Not. 110.

b) Während man bisher unter fructus percipiendi alle diejenigen verstand, welche hätten gezogen werden können, aber von dem Besitzer nicht gezogen worden sind, vertheidigt jetzt Heimbach a. a. O. S. 171 fgg. die wesentlich abweichende Ansicht, daß darunter nur diejenigen Früchte zu verstehen seien, die schon wirklich vorhanden gewesen, deren Einsammlung aber von dem Besitzer unterlassen worden sei, und versäume also der Besitzer nur die zur Hervorbringung der Früchte nöthigen Anstalten, so sei er hierfür nicht verantwortlich. Diese ganze Unterscheidung zwischen versäumter Ziehung und versäumter Einsammlung ist aber nicht nur innerlich unnatürlich und beruht sicher nur auf einer zu buchstäblichen Auffassung des Worts *percipere*, sondern sie widerstreitet auch bestimmt unsren Gesetzen. Hiernach nämlich wird der unredliche Besitzer nicht nur ausdrücklich wegen Unterlassung nöthiger Aufwendungen für verantwortlich erklärt, l. 31. §. 3. de H. P., sondern derselbe soll auch noch nach dem Untergang der Sache für die Früchte derselben einstehen, l. 33. h. t., und auch wegen versäumter Zivilfrüchte soll derselbe verantwortlich sein, l. 62. pr. h. t., l. 19. pr. de usur. (22, 1), welche sämmtlichen Sätze augenscheinlich mit der Heimbach'schen Unterscheidung unvereinbar sind; vgl. dagegen auch Buchholtz in Richter's krit. Jahrb. 1844. S. 516 fgg., Wetzell a. a. O. S. 249 fgg., Buchka a. a. O. S. 261 fgg., Savigny a. a. O. S. 116 fgg., Schmid I. S. 303 fgg. Note 108.

c) Sehr streitig ist auch noch unter den neuesten Rechtslehrern die Frage, ob unter den fructus percipiendi, für welche der unredliche Besitzer Ersatz leisten muß, nur diejenigen zu verstehen sind, deren Ziehung und Einsammlung ihm möglich gewesen wäre, wenn er die Sorgfalt eines diligens paterfamilias angewendet hätte, oder ob er auch noch außerdem für diejenigen Früchte einstehen muß, die der Kläger gezogen haben würde, wenn er im Besitz der Sache gewesen wäre; vgl. über die verschiedenen Meinungen bes. Buchholtz, jurist. Abhandl. S. 13 fgg., Heimbach a. a. O. S. 168 fgg., Wetzell a. a. O. S. 251 fgg., Buchka I. S. 250 fgg., Savigny a. a. O. S. 113 fgg., Wächter, Erörtr. H. I. S. 68 fgg., III. S. 133. Nach allgemeinen Grundsätzen muß hier wohl unterschieden werden, ob der unredliche Besitzer in einer Lage ist, in welcher er nur für dolus und culpa haftet, oder ob er auch für den Zufall einstehen muß, und man wird konsequent sagen müssen, daß derselbe in den Fällen der ersten Art nur für die von ihm vernachlässigten, in den Fällen der zweiten Art aber auch außerdem für alle diejenigen Früchte Ersatz leisten muß, welche ohne seine malae fidei possessio dem Kläger zugefallen sein würden. In Gemäßheit der Erörtrungen bei I. hat aber der unredliche Besitzer dann für den Zufall zu haften, wenn sein Besitz sich auf eigentliches Delikt gründet, wenn er in eine Mora kommt, und endlich für die Zeit nach erhobenem Prozesse, und gerade für diese drei Fälle finden wir denn auch in den Gesetzen den Maaßstab für die zu ersetzenden Früchte nach der Person des Klägers genommen, l. 12. pr. quod met. causa (4, 2), l. 1. §. 41. de vi (43, 16), l. 4. C. unde vi (8, 4) —

l. 39. §. 1. de legat. I. — l. 62. §. 1. h. t. Die letztre Stelle scheint zwar allerdings den Maaßstab nach der Person des Klägers bei einem jeden malae fidei possessor in Anwendung bringen zu wollen:

> *Papinian.* „Generaliter autem, cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus [alii: fruitus, cf. Schult. et Smallenb. ad h. l. II. p. 173 Wetzell S. 251, Savigny S. 115. Note h.] sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset, quam sententiam Julianus quoque probat“;

wenn man aber einiges Gewicht auf das Wort *petitor* legt, so liegt die Beschränkung auf die Zeit, quo petiit, also auf die Zeit nach der Litiskontestation sehr nahe, vgl. auch l. 19. §. 1. de usur. (22, 1) und Wetzell S. 252 fgg. und innere Gründe nöthigen uns zur Annahme dieser Beschränkung.

d) Ist die Sache selbst untergegangen, so befreit dies doch nicht immer den malae fidei possessor vom Ersatz der Früchte für die Folgezeit, sondern es hängt dies davon ab, ob er nach den oben besprochenen Grundsätzen für diesen Untergang der Sache einstehen muß, oder nicht, l. 17. §. 1, l. 33, l. 79. h. t., und nach denselben Grundsätzen ist auch natürlich die Frage zu entscheiden, inwiefern er für untergegangene Früchte Ersatz zu leisten hat.

2) Was den *bonae fidei possessor* für die Zeit nach der Litiskontestation anbelangt, so gilt auch in Betreff der Früchte der Grundsatz, daß er von nun an wie ein malae fidei possessor haftet, und also nicht mehr blos die fructus exstantes, sondern omnes fructus perceptos et percipiendos restituiren muß, §. 2. J. de offic. jud. (4, 2), l. 22. C. h. t., l. 2. C. de fructib. (7, 51); aber auch hier hat diese Gleichstellung nur den Sinn, daß der bonae fidei possessor *post lit. contestatam* wie ein malae fidei possessor *ante lit. cont.* zu behandeln ist, und so braucht denn derselbe namentlich nicht die Früchte, welche der Kläger hätte ziehen können, sondern nur die von ihm selbst vernachläßigten zu ersetzen, vgl. außer den angeff. Gess. auch l. 1. §. 1. C. de petit. hered. (3, 31), und auch das versteht sich von selbst, daß, wenn die fruchttragende Sache durch Zufall untergegangen ist, er stets für die Folgezeit vom Ersatze der Früchte frei ist, und daß er auch niemals die durch Zufall untergegangnen Früchte zu ersetzen verpflichtet ist. —

Uebrigens ist hier noch im Allgemeinen zu bemerken, daß der Vindikant niemals auf solche Früchte Anspruch hat, die ihm nicht gebührt hätten, wenn er auch im Besitze der Sache gewesen wäre, was z. B. dann Anwendung findet, wenn der Kläger blos die Proprietät hat, oder während des Prozesses den Nießbrauch verliert, l. 33, l. 35. pr. h. t., und daß wenigstens gegen den bonae fidei possessor eine besondre Klage auf Herausgabe der Früchte nicht Statt findet, sondern dieselben nur mit der Vindikation der Hauptsache eingeklagt werden können, während freilich von dem malae fidei possessor die exstantes vindizirt, die consumti kondizirt werden können, l. 4. §. 2. fin. reg. (10, 1), l. 22. §. 2. de pign. act. (13, 7), l. 15. de usur. (22, 1), l. 3. C. de cond. ex lege (4, 9), l. 4. C. de crim. exp. hered. (9, 32), §. 35. J. de rer. divis. (2, 1), Heimbach a. a. O. S. 164 fgg.; vgl. oben §. 326. Anm. 2. S. 623 fgg.

Wenn Flach, Entscheid. II. S. 142 fgg. auch gegen den malae fidei possessor die Zulässigkeit einer besondren Klage in Abrede stellt, so läßt sich dies im Angesicht jener zahlreichen Stellen gewiß nicht rechtfertigen. Für die fructus *percipiendi* ist freilich eine besondere condictio unzulässig, und dies ist doch wohl der wahre Sinn der l. 76. h. t.:

Labeo. „Si ejus fundi, quem alienum possideres, fructum non coegisti, nihil ejus fundi fructuum nomine *te dare oportet*",

Heimbach a. a. O. S. 94 fgg., Savigny a. a. O. S. 118 fgg. — Uebrigens hat der Richter, wenn die Hauptsache vindizirt wird, auf die nach der Litiskontestation gezogenen Früchte schon ex officio zu erkennen, während die übrigen freilich besonders erbeten werden müssen, l. 33. §. 1. h. t., l. 25. §. 6. de aedil. ed. (21, 1).

3) Einreden gegen die R. V. §. 334.

Anm. Hervorzuheben sind hier:

1) die Retentions-Einrede wegen der Gegenansprüche des Verklagten, namentlich wegen Verwendungen, wobei unter Andern auch die obigen Erörterungen in §. 329. Anm. 1. in Betracht kommen, vgl. jetzt bes. Sell in seiner Zeitschrift für röm. Recht III. S. 272 fgg., und siehe auch Schmid S. 335 fgg., Dernburg, Kompensat. S. 342 fgg. bes. S. 346 fgg., Leist, das erlaubte ungerufene Eingreifen S. 11 fgg., Pagenstecher III. S. 160 fgg. Daß der redliche Besitzer auch eine Klage deßhalb habe, wird zwar häufig behauptet, vgl. z. B. die bei Glück VIII. S. 309 Angeff., aber gegen deutliche Gesetze, vgl. bes. l. 48. h. t., l. 14. §. 1, l. 29. pr. comm. divid. (10, 3), l. 14. de dol. mal. exc. (44, 4), und dies erkennt selbst Sell, Versuche Th. I. S. 129 fgg. an, obwohl er sonst in sehr allgemeinem Umfange eine Billigkeitsklage wegen des Satzes, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichern solle, zugesteht. — Was der Besitzer für die Erwerbung der Sache gegeben hat, braucht ihm nicht ersetzt zu werden, l. 3. 23. C. h. t., l. 2. C. de furt., es müßten denn die Voraussetzungen der negotiorum gestorum actio vorhanden sein, l. 6. §. 8. de negot. gest. (3, 5), l. 11. C. eod. (2, 19), oder das gezahlte Geld in das Vermögen des Vindikanten gekommen sein, l. 14. 16, C. de praed. et al reb. minor. (5, 71); eine dritte Ausnahme auf l. 6. de captiv. (49, 15) („wenn der Beklagte die Sache vom Feinde eingelöst hat, der sie erbeutet hatte", Glück VIII. S. 216) gründen zu wollen, ist gewiß unzulässig, s. auch Gesterding S. 356 fgg., Schmid S. 334 fgg. Note 171.

2) Die *exceptio rei judicatae*, wobei mehrfache schon früher vorgekommene Erörtrungen, namentlich auch über die Frage, ob es in dieser Beziehung einen Unterschied mache, wenn man „causa adjecta" klage, ins Gedächtniß zurückzurufen sind, vgl. oben §. 173. Anm. bes. S. 284 fgg.

3) Die *exceptio rei venditae* [donatae u. s. w.] *et traditae* (Dig. XXI. 3. de exceptione rei venditae et traditae); Glück XX. S. 434 fgg., *Michelsen*, de except. rei vend. et trad. Berol. 1824, *Albers*, de exc.

rei vend. et trad. observ. quaedam. Goett. 1824, Buchholz, Versuche. Nr. 13, Wiebeking, über die exc. rei vend. et trad. München 1847, Schmid a. a. O. S. 343 fgg. Diese Einrede, welche auch häufig unter dem generellen Namen der exceptio doli vorkommt, unterscheidet sich dem Begriffe nach sehr bestimmt von der oft damit verwechselten s. g. exceptio dominii; denn während die letztere immer die Behauptung enthält, Kläger sei nicht Eigenthümer (sei es, daß der Beklagte anführt, der Kläger habe nie das Eigenthum gehabt, sondern er, der Beklagte, habe dasselbe von irgend einem Dritten erworben, in welchem Falle offenbar eine wahre *litis contestatio negativa* vorliegt, oder sei es, daß der Beklagte behauptet, das Eigenthum des Klägers sei auf ihn, den Beklagten übergegangen, in welchem Falle allerdings eine wirkliche Einrede, nämlich die Einrede der Erlöschung vorhanden ist): so setzt umgekehrt die exceptio rei venditae et traditae voraus, daß der Kläger wirklich dem Rechte nach Eigenthümer, und seine vindicatio also ipso jure fundirt sei, daß er jedoch damit nach Gründen der aequitas nicht durchlangen kann, weil er entweder selbst ein bindendes, wirkliches Eigenthum zwar nicht übertragendes, aber doch auf Eigenthumsübertragung gerichtetes Geschäft mit dem Verklagten abgeschlossen hat, oder weil er eine solche, von einem Andern geschehene Veräußerung anerkennen muß. Es kommt nämlich unsre Exception vornämlich in folgenden Fällen vor:

a) Wenn ein Nichteigenthümer eine Sache veräußert hat und nachher Eigenthümer wird. Durch dieses letztere Ereigniß wird natürlich der frühere Erwerber nicht Eigenthümer, aber er kann die an sich fundirte Vindikation seines Auktor mit unserer Einrede zurückweisen, l. 1. pr., l. 2. h. t., l. 72. de R. V., l. 15. de evict. (21, 3), l. 4. §. 32. de dol. mal. exc. (44, 4). — Diesem Falle steht auch rechtlich der andere gleich, wenn ein Nichteigenthümer veräußert hat, und der wirkliche Eigenthümer Erbe desselben wird, l. 1. §. 1. h. t., l. 73. de evict. (21, 2), l. 14. C. de R. V. (3, 32), l. 14. C. de evict. (8, 45).

b) Wenn der wirkliche Eigenthümer unter einer Suspensiv-Bedingung veräußerte und tradirte, so ist er pendente conditione natürlich noch Eigenthümer, aber seine Vindikation wird durch unsere exceptio doli zurückgewiesen, l. 8. de condict. causa data (12, 4), l. 7. §. 3. de jure dot. (23, 3).

c) Wenn der Kläger als Pfandgläubiger die Veräußerung vorgenommen hat, von seinem Eigenthumsrechte nichts wissend, so steht seiner Vindikation unsre Einrede entgegen, l. 10. de distr. pignor. (20, 5), und eben dies ist der Fall, wenn Jemand im Auftrag eines Andern seine Sache, die er aber nicht als die seinige kennt, veräußert hat, l. 49. mandati (17, 1) [siehe oben §. 311. Anm. 3).

d) Auch dann findet unsere exceptio doli Anwendung, wenn der Kläger ein Eigenthum übertragendes Geschäft mit dem Verklagten abgeschlossen, aber demselben die Sache noch nicht tradirt hatte, der Besitz jedoch auf andere Weise „sine vitio“ an den Promissar gekommen ist, l. 1. §. 5. h. t.

e) Wenn sich Jemand bei dem Verkaufe einer Sache in Betreff der Eviktionsleistung für den Verkäufer verbürgt hat, und nachher selbst die Sache vindiziren will, so steht ihm unsre exceptio entgegen, l. 11. C. de evict. (8, 45). Stellen die Erben eines solchen Bürgen die Vindikation an, so ist zu unter-

scheiden, ob sie ihre Ansprüche auf die Sache von ihrem Testator herleiten, oder nicht; im ersten Falle müssen sie sich ebenfalls die Einrede gefallen lassen, während dies sich dann, si *ex sua persona* dominium vindicant anders verhält, obwohl sie allerdings wegen Eviktionsleistung in ihrer Erbenqualität einstehen müssen, l. 31. *C.* de evict. Die Meinung, welche z. B. Glück XX. S. 439 fgg. vertheidigt, daß die l. 31. cit. blos vom strengen Rechte zu verstehen sei, daß aber doch aequitatis causa die exceptio eben so gut gegen die Klage der Erben, wie gegen die des Bürgen selbst zuzulassen sei, kann mit den Worten der l. 31. gewiß nicht in Einklang gebracht werden.

f) Endlich kommt unsere Einrede auch dann zur Anwendung, wenn derjenige vindiziren will, in dessen Auftrag ein Anderer die Veräußerung vorgenommen hat, l. 1. §. 2. h. t., l. 49. fin. mandati.

Zu bemerken ist übrigens noch, daß die exc. rei vend. et trad. nicht nur auf Universal-, sondern auch auf Singular-Successoren aktiv und passiv übergeht, l. 3. h. t., und wenn also z. B. der Nichteigenthümer A. eine Sache an den B. veräußert und tradirt hat, und später nach erworbenem Eigenthum dieselbe Sache an den C. verkauft und tradirt, so kann sich B. auch gegen diesen C. eben so, wie gegen den A. selbst mit unserer Einrede schützen, l. 2. h. t., l. 72. de R. V., l. 4. §. 32. de dol. mali exc. (44, 4). Natürlich aber fällt die ganze Einrede hinweg, wenn das Geschäft, auf welches sie gegründet werden soll, aus irgend einem rechtlichen Grunde für den Vindikanten nicht verbindlich ist („si venditor justam causam habet, cur rem vindicet", l. 1. §. 5. h. t.), und darum wurde schon an einem andern Orte (s. oben §. 217. Anm. 3) gewiß mit Recht die Behauptung aufgestellt, daß dem Ehemann, welcher einen fundus dotalis veräußert hat, und denselben vindizirt, die exc. rei vend. et trad. nicht mit Effekt entgegengesetzt werden kann, da dieselbe durch die replicatio legis Juliae elidirt werden kann. Andere gesetzliche Belege kommen z. B. vor in l. 1. §. 2. 3. h. t., l. 32. §. 2. ad SC. Vellej. (16, 1), l. 16. C. de praediis et aliis reb. minorum (5, 71).

Vergleicht man die bisher hier entwickelten Grundsätze über exc. rei vend. et trad. mit den im Obligationenrechte zu besprechenden Prinzipien über die Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung, so bemerkt man leicht, daß beide in mehrfacher Beziehung zusammentreffen, vgl. auch z. B. l. 17. de evict., l. 3. C. de reb. alien. non alienand. (4, 51), und es wird daher auch nicht selten als Prinzip für unsre Einrede die Regel aufgestellt: quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio. Daß dies aber theils unrichtig, theils nicht erschöpfend ist, geht von selbst aus den obigen Erörterungen hervor. Unrichtig ist diese Regel namentlich bei dem oben unter lit. e. angegebenen Falle, denn hier findet zwar eine Klage auf Eviktionsleistung Statt, aber doch kann unsere Einrede nicht mit Effekt gebraucht werden. Nicht erschöpfend ist aber jene Regel, indem es vielfache Fälle giebt, in denen die exc. rei vend. Platz greift, obgleich keine Klage auf Eviktionsleistung gegründet ist. Ganz abgesehen von dem Falle, wenn Jemand eine Sache schenkweise auf einen Andern übertragen hat, wo ohne Zweifel unsere Einrede, aber regelmäßig keine Klage auf Eviktionsleistung Statt findet, kommt dies z. B. in den oben bei lit. c. bemerkten Fällen vor, so

wie auch überall dann, wenn die Einrede von oder gegen Singular-Successoren des Erwerbers oder Veräußerers gebraucht wird. Man thut daher gewiß besser, bei Darstellung der exceptio rei venditae et traditae von jener Regel ganz abzusehen, vgl. auch Fritz, Erläutrungen zu Wening S. 306 fgg.

Es ist bisher die exceptio rei venditae et traditae so aufgefaßt worden, wie sich dieselbe in Justinian's Rechtsbüchern herausstellt. Es ist aber in neuerer Zeit mehrfach die Behauptung aufgestellt worden, daß dies nicht das Grundwesen jener Einrede sei, sondern ursprünglich sei dieselbe das Schutzmittel gewesen, womit sich der s. g. bonitarische Eigenthümer gegen die an sich gegründete Vindikation des dominus ex jure Quiritium geschützt habe, und erst später sei dieselbe auch auf andere Fälle in der oben bemerkten Weise angewendet worden, vgl. z. B. *Michelsen* und *Albers* in den oben angeff. Dissertt., aber es ist dies ein Irrthum, wie er in ähnlicher Weise auch bei der actio Publiciana mehrfach ausgesprochen ist. Betrachtet man nämlich die in unserer obigen Darstellung benutzten Quellenzeugnisse unbefangen, so kann man in der That nicht in Abrede stellen, daß in ihnen das ursprüngliche Wesen unserer Einrede entwickelt ist, und nur soviel muß natürlich zugegeben werden, daß vermöge des dieser Einrede zu Grunde liegenden Prinzips auch der bonitarische Eigenthümer sich derselben dann gegen die vindicatio des quiritarischen habe bedienen können, wenn er sein bonitarisches Eigenthum durch ein Rechtsgeschäft mit dem quiritarischen dominus erworben hat; ein Satz, der natürlich sehr verschieden ist von jener andern Behauptung, daß dies der ursprüngliche einzige Zweck und der Grund der Einführung jener Einrede gewesen sei, vgl. auch Buchholtz a. a. O. und besonders Mayer in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. VIII. S. 35 fgg.; s. auch Leist bonor. poss. I. S. 264 fgg. und allenfalls Wiebeking a. a. O. S. 6 fgg. S. 18 fgg.

4) Wenn gegen Jemanden, der schon in einem Vindikations-Prozeß wegen einer bestimmten Sache befangen, von einem Dritten eine neue Vindikation wegen desselben Objekts angestellt wird, so könnte leicht der Gedanke entstehen, daß der Verklagte aus dem schwebenden ersten Prozeß eine Einrede gegen die zweite Vindikation entnehmen könnte. Dieß ist aber unrichtig, sondern der Verklagte muß sich auch diese zweite Vindikation gefallen lassen, und beide Prozesse gehen unabhängig von einander fort, und welcher von den beiden Klägern zuerst ein siegreiches Urtheil davon trägt, der kann die Herausgabe der Sache cum omni causa verlangen. Da nun aber deßungeachtet der zweite Prozeß noch fortgeht, so muß jener Sieger Kaution stellen, daß er, im Falle jener zweite Vindikant ebenfalls den Sieg davon trägt, die Sache an denselben herausgeben wolle, l. 57. 58. de R. V., vgl. l. 57. de H. P. Nach unsern heutigen prozessualischen Grundsätzen würde sich ein solcher Fall wohl eher zu einer s. g. Prinzipal-Intervention eignen. Vgl. Glück VIII. S. 225 fgg., Gesterding S. 370 fgg., Wetzell S. 231 fgg., Schmid S. 348 fgg.

B. Von der Publiciana in rem actio. §. 335.

Dig. VI. 2. de Publiciana in rem actione. — Westphal §. 983 fgg. S. 761 fgg., Glück VIII. S. 311 fgg., Gesterding

§. 51 fgg. S. 381 fgg., Schmid, Handb. I. §. 16. S. 353 fgg., Sell S. 397 fgg., *Pellat* p. 427 sqq., Pagenstecher S. 193 fgg.— *Eckenberg*, de Publ. in rem actione. Lips. 1821; *Guyet*, de Publ. in rem. act. Heidelb. 1823, Kritz, Darstellung prakt. Materien des Röm. Rechts. Bd. I. Dresden und Leipzig 1831, bes. Kap. IV. S. 79 fgg., v. Tigerström, die bonae fidei possessio S. 112 fgg., *Obrock*, de Publiciana in rem act. Gott. 1843 *Molitor*, la possession, la revendication, la Publicienne — — en droit Romain. Gand 1851. p. 285 sqq.

1) *Ulp.* l. 1. h. t.: Ait praetor: *Si quis id, quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo.* (Ueber die Konstruktion dieser Ediktsworte wird gestritten. Gehören die Worte: non a domino zu traditur oder zu petet? vgl. z. B. *Guyet* p. 28 sqq., Zimmern im Rhein. Museum III. S. 336. 339 fgg., Unterholzner das. V. S. 15 fgg. Mayer in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. VII. S. 21 fgg., Kritz a. a. O., *Obrock* p. 7 sqq. — Daß übrigens die obigen Worte nicht das vollständige Edikt enthalten, ist außer Zweifel, da in l. 7. §. 11. h. t. auch noch die Worte: *qui bona fide emit* als in diesem Edikt vorkommend angeführt werden; vgl. auch Römer, Beweislast bei Irrthum S. 74 fgg.)

2) §. 4. J. de actionib. (4, 6): Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emtionis aut donationis aut dotis aut legatorum, necdum ejus rei dominus effectus est, si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam persequendam, quippe ita proditae sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, in qua dicit is qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse; quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est.

3) *Gai.* l. 13. pr. h. t.: Quaecunque sunt justae causae adquirendarum rerum, si ex his causis nancti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio.

4) *Ulp.* l. 7. §. 8. eod.: In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

Anm. I. Schon oben (vgl. §. 295. Anm. 2.) habe ich meine Ueberzeugung ausgesprochen, daß die in neuerer Zeit mehrfach vertheidigte Ansicht: der ursprüngliche Zweck und der Grund der Einführung der Publizianischen Klage sei der gewesen, daß sie bei dem s. g. bonitarischen Eigenthümer die Stelle der hierbei nicht statthaften rei vindicatio habe vertreten sollen, irrig sei; und in der That möchte es, auch ganz abgesehen von den andern Gründen, schwer sein, diese Ansicht mit der uns erhaltenen Ediktsstelle über die Publiz. Klage, l. 1. h. t. in Einklang zu bringen (mag man nun die Worte ex justa causa non a domino zu traditur ziehen, oder sie mit petet verbinden), man müßte denn mit Zimmern im Rhein. Mus. III. S. 339 fgg. und Obrock p. 19 sqq., denen doch auch schon *Reinold*, opusc. p. 375. vorausgegangen ist, den verzweifelten Ausweg ergreifen, die Worte: non a domino für ein emblema Triboniani zu erklären; man s. dagegen auch l. ult. h. t. und besonders Mayer in der Zeitschr. für gesch. Rw. VIII. S. 21 fgg. Zu welchen sonderbaren Konsequenzen aber in Folge dieser Ansicht manche Neuern, namentlich Henschel und Kritz, gekommen sind, daß nämlich zwischen der actio Public. und der rei vindicatio materiell eine völlige Gleichheit Statt gefunden habe, und daß, nachdem das Formelwesen und das bonitarische Eigenthum antiquirt seien, von einer besonderen, von der rei vindicatio verschiednen actio Publiciana, gar nicht mehr die Rede sein könne, ist ebenfalls schon an einem anderen Orte berührt worden (§. 332. Anm. 1). Nicht minder originell ist endlich auch die Meinung, welche neuerlich v. Tigerström a. a. O. in Betreff unsrer Klage vertheidigt hat. Er giebt zu, daß die Publiz. Klage für den bonae fidei possessor eingeführt sei, aber man dürfe sich darunter keine neue Klage denken, sondern es sei dies die echte rei vindicatio. Da nämlich der bonae fidei possessor als Eigenthümer fingirt werde, so sei es durchaus konsequent, daß man ihm, wie alle übrigen Eigenthumsrechte, so auch die Eigenthumsklage, und namentlich die Vindikation, zugestanden habe; dies sei nun eben die actio Public., die mit der rei vindicatio, abgesehen von dem Namen, so ganz identisch sei, daß es sogar stets ungewiß bleibe, ob in einem konkreten Falle die rei vindicatio oder die actio Publiciana angestellt sei.

Das wahre Sachverhältniß, wie es auch von jeher aufgefaßt wurde, und dem Unbefangenen auch keinen Augenblick lang durch die Deduktionen von Kritz und Tigerström getrübt sein konnte, ist folgendes: wer mit der rei vindicatio auftritt, muß sein Eigenthumsrecht beweisen, und vermag er dies nicht, sollte er auch einen tüchtigen Erwerbgrund nachweisen, so wird er selbst dann abgewiesen, wenn auch der Verklagte gar keinen Titel für sich anführen kann, l. 28. C. de R. V. („Res alienas possidens, licet justam tenendi causam nullam habeat, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur"). Doch aber mußte es in hohem Grade billig erscheinen, daß der, welcher beweisen konnte, daß er die Sache auf redliche Weise erworben, dieselbe von Jemanden abholen kann, der keinen solchen Erwerbgrund für sich anzuführen im Stande war, und dieser Forderung der Billigkeit wurde durch die Einführung der Publizianischen Klage Genüge geleistet. Sollte aber die Klage in einem solchen Falle nicht aller zivilistischen Konstruktion entbehren, so mußte sie, da ein wirk-

liches Recht des Klägers gar nicht vorhanden war, auf die Fiktion eines solchen Rechts gestützt sein, und hier bot sich sehr natürlich die Fiktion der vollendeten Verjährung dar, *Gai.* IV. §. 36, §. 4. J. de actionib. l. 7. §. 6. h. t. („Publiciana ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit"), l. 35. pr. de O. et A. („. . . item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur"). Diese auf die Fiktion der vollendeten Usukapion gestützte actio in rem ist nun aber von der rei vindicatio vornehmlich in doppelter Beziehung sehr abweichend:

1) in Betreff des Beweises. Während bei der Vindikation das volle Eigenthumsrecht bewiesen werden muß, so genügt bei der actio Publiciana die Nachweisung, daß man den Besitz der fraglichen Sache justa causa erworben habe. Daß die, welche eine materielle Gleichheit der beiden Klagen annehmen, jeden derartigen Unterschied verwerfen müssen, versteht sich von selbst, und wirklich behaupten auch Kritz und Tigerström, der dem Kläger obliegende Beweis sei für beide Klagen gleichmäßig darauf gerichtet „rem actoris esse". Mit welchem exegetischen Scharfsinn jene Schriftsteller diese Behauptung begründen, davon mag hier nur eine Probe stehen. Beide berufen sich nämlich als auf eine sehr wichtige Beweisstelle auf l. 7. §. 7. h. t.: „Si petenti mihi rem jusjurandum detuleris, egoque juravero, *rem meam esse*, competit Publiciana mihi, sed adversus te duntaxat, ei enim soli nocere debet jusjurandum, qui detulit. Sed si possessori delatum erit jusjurandum, et juraverit *rem petitoris non esse*, adversus eum solum petentem exceptione utetur, non ut et habeat actionem". Also: „wenn bei der actio Public. der erforderliche Beweis durch Eideszuschiebung geführt werden soll, so muß der Kläger, dem der Eid referirt ist, schwören: „„res mea est"", und der Verklagte, dem der Eid deferirt ist, muß schwören: „„res petitoris non est"". Offenbar ist also das Beweisthema bei der Public. ganz dasselbe, wie bei der Vindikation"; quod erat probandum!! vgl. Kritz S. 91 fgg., v. Tigerström S. 129. Not. 38.

2) In Betreff des Verklagten. Während man mit der rei vindicatio regelmäßig gegen jeden Besitzer unsrer Sache durchdringt, kann man die Publizianische Klage regelmäßig mit Erfolg nur gegen den gebrauchen, welcher keine justa causa seines Besitzes für sich anzuführen im Stande ist, und gegen andere Besitzer muß man eben zu der schwierigeren rei vindicatio seine Zuflucht nehmen.

Hiernach versteht es sich nun von selbst, daß die Publizianische Klage auch von dem bonitarischen Eigenthümer gebraucht werden konnte, aber nur so, wie sie auch jetzt noch mit großem Vortheil von dem Eigenthümer angestellt wird, und das Wegfallen des bonitarischen Eigenthums konnte also auf unsre Klage keinen auch nur irgend wesentlichen Einfluß ausüben.

II. Im Einzelnen gelten für unsre Klage folgende Grundsätze:

1) Abgesehen von der Person der Verklagten müssen folgende Requisite zusammentreffen:

a) Der Kläger muß den Besitz der Sache gehabt haben, l. 1. pr. h. t. („quod traditur"), l. 7. §. 16. eod. („ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emtor est, experiri Publiciana non poterit"), und zwar den

Besitz mit dem **animus rem sibi habendi**, **l. 13. §. 1. h. t.** Doch kommt hiervon eine zwar mehrfach geleugnete (vgl. z. B. Schweppe, Handbuch II. §. 277, *Guyet* p. 47 sqq., Sintenis I. §. 53. Not. 10, *Pellat* cit. p. 454 sqq., Delbrück a. a. O. S. 291 fgg., Pagenstecher III. S. 196 fgg., *Goeschen*, **de rebus nunquam possessis actione Public. petendis. Hal. 1862**), aber doch wohl in den Gesetzen begründete und auch leicht begreifliche Ausnahme vor, daß nämlich in denjenigen Fällen, in denen das Eigenthum selbst, ohne vermittelnden Besitz auf Jemanden übergehen kann, z. B. bei dem Legat, dem Universalfideikommiß u. dgl., auch das Recht zur **actio Publiciana** ohne vorgängigen Besitz erworben werden kann, **l. 1. §. 2, l. 7. pr. h. t.**; vgl. auch **l. 11. §. 2, l. 12. §. 1, l. 15. eod.**, *Obrock* p. 84 sqq., Schmid S. 361. Doch muß wohl allerdings hierbei die Einschränkung hinzugefügt werden, daß wenigstens der Auktor im Besitz der Sache gewesen sein muß, indem sonst die große Singularität entstände, daß ein Nichteigenthümer an einer fremden Sache, welche er nicht einmal besitzt, Jemanden etwa durch Legat die **Publiciana** verschaffen könnte. Wenn jetzt Schmid S. 361. Not. 22. noch weiter geht, und sogar eine ***bonae fidei possessio*** des Auktor verlangt, so läßt sich dieses in diesen Fällen gewiß eben so wenig rechtfertigen, wie in den Fällen des Erwerbs **per traditionem**.

b) Die Sache darf der Eigenthums-Verjährung nicht entzogen sein, denn ganz allgemein heißt es in l. 9. §. 5. h. t.: „**Haec actio in his, quae usucapi non possunt, puta furtivis vel in servo fugitivo, locum non habet**", vgl. **l. 12. §. 4. eod.** Wenn es deßungeachtet in **l. 12. §. 2. eod.** heißt: „**In vectigalibus et in aliis praediis, *quae usucapi non possunt*, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt**", so kann dieser Ausspruch nur den Sinn haben, daß auch bei solchen Sachen, welche der eigentlichen Usukapion entzogen sind, sofern nur die ***praescriptio* longi temporis** dabei vorkommen kann, wie bei Munizipal- und Provinzial-Grundstücken [daß Paulus die letztern ausdrücklich genannt habe, und erst durch Tribonian die vagen Worte **in aliis praediis** denselben substituirt seien, ist mehr als blos wahrscheinlich], die **actio Publiciana** statthaft sei. — Doch ist dieser Satz nicht unbestritten. Ganz abgesehen nämlich von der Meinung von Kritz und Tigerström, welche denselben ganz leugnen — der Erstre S. 126 fgg. will nämlich in **l. 9. §. 5. cit.** blos den Sinn finden, daß der Dieb selbst nicht usukapiren könne!! und der Letztre S. 127. 128. erkennt zwar an, daß nach **l. 9. §. 5. cit.** das Usukapions-Verbot zugleich ein Verbot der **actio Publiciana** enthalte, glaubt aber „behaupten zu müssen, daß eine unrichtige Ansicht von römischen Juristen vertheidigt worden ist", und „daß diese irrige Entscheidung der römischen Juristen uns nicht irre leiten dürfe"!!! — ganz abgesehen, sage ich, von diesen, selbst eines Scheingrunds entbehrenden Meinungen, stellt z. B. nach dem Vorgang mehrerer Anderen Wening, Lehrb. §. 122. die Behauptung auf, daß die **a. Publiciana** doch bei denjenigen Sachen zuzulassen sei, welche blos wegen eines Privilegs ihrer Eigenthümer der Usukapion entzogen seien, wie bei Sachen des Fiskus, des Regenten, der Minderjährigen. Man beruft sich dafür auf **l. 7. §. 4. h. t.**, wornach demjenigen, welcher von einem Minderjährigen, den er für großjährig hält, etwas

gekauft hat, die Public. zustehen soll, und auf l. 13. §. 2. eod., wornach dies auch dann der Fall sein soll, wenn Jemand irrthümlich von einem Pupillen **falso tutore auctore** etwas gekauft hat. Da nämlich hieraus hervorgehe, daß auch bei Sachen der Minderjährigen, obwohl sie nicht usukapirt werden könnten, die **Publiciana actio** zustehe, so müsse dieses analog auch auf andre Sachen der Art angewendet werden. Diese Argumentation erscheint aber jeden Falls als irrig, wenn man sich nur an den oben (§. 317. Anm.) näher begründeten Satz erinnert, daß nach Pandektenrecht ganz gewiß, und nach der wohl richtigeren Ansicht selbst auch noch im Justinianischen Recht, Sachen der Pupillen und Minderjährigen der ordentlichen Verjährung gar nicht entzogen sind. — Mag also eine Sache **propter vitium rei**, oder mag sie wegen eines Privilegs ihres Eigenthümers der Usukapion entzogen sein, so ist doch immer die **Publiciana actio** dabei ausgeschlossen. Die neuerlich von *Obrock* p. 58 sqq. vertheidigte Meinung, daß nach Einführung der s. g. außerordentlichen Eigenthums-Verjährung, es bei der **actio Publiciana** nicht mehr auf die objektiven Erfordernisse der ordentlichen, sondern nur auf die der außerordentlichen Verjährung ankomme, so daß also jetzt auch bei **res furtivae, vi possessae** u. dgl. die **actio Publiciana** anwendbar sei, ist so willkürlich und haltlos, daß ich in der That nicht wohl begreife, wie Sintenis I. §. 53. Not. 15. dieselbe bereits als eine unzweifelhafte hinstellen kann.

c) Der Besitzerwerb muß sich auf eine **justa causa** stützen, l. 1. pr., l. 5—7. pr. §. 1—5, l. 13. h. t., und zwar gelten hierbei ganz die Grundsätze über Usukapion, namentlich auch in Betreff des **titulus putativus**, vgl. l. 5, l. 7. §. 4, l. 13. §. 2. h. t. Nach den Worten des Prätorischen Edikts war die Publiz. Klage zwar nur im Falle der Tradition gestattet, l. 1. pr. §. 2. h. t., aber durch Interpretation wurde jeder andere Erwerbtitel als genügend angesehen, l. 13. pr. h. t. — Bei dem **titulus pro emtore** weicht jedoch die Publizianische Klage zu ihrem Vortheil von der Usukapion ab, indem hier zur Begründung der erstern nicht auch Zahlung des Kaufpreises erforderlich ist, l. 8. h. t. (über welche Stelle freilich v. Tigerström S. 49. Not. 5. und S. 123. Note 6. leicht hinauskommt, weil auf diese blose Konjektur von Gaius nicht zu viel zu geben sei); und in Betreff des Erwerbs von seinem Wahnsinnigen scheinen die Gesetze sich direkt zu widerstreiten. Während nämlich Ulpian in l. 7. §. 2. h. t. sagt:

> „Marcellus libr. XVII. Dig. scribit, eum, qui a furioso ignorans eum furere, emit, posse usucapere, *ergo et Publicianam habebit*",

sagt Paulus in l. 2. §. 16. pro emt. (41, 4) nicht minder deutlich:

> „Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit, usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio, et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, *nec Publiciana competit*, nec accessio possessionis";

vgl. über die verschiedenen Meinungen Glück VIII. S. 329 fgg., *Guyet* cit. p. 57 sqq., *Obrock* cit. p. 93 sqq., Emmerich in Gießer Zeitschr. N. F. XVII. S. 444 fgg. Gewiß am Meisten hat die schon in der Glosse angenommene Meinung für sich, daß Paulus in l. 2. §. 16. cit. nicht die

Zuständigkeit der actio Publiciana überhaupt in Abrede stellen, sondern nur sagen will, daß der Käufer dieselbe nicht mit Wirksamkeit gegen seinen Auktor aufstellen könne, weil wegen Nichtigkeit des Kaufgeschäfts er der exceptio dominii desselben keine replicatio rei venditae et traditae entgegen halten könne, und diese Auslegung wird gar sehr unterstützt durch die Zusammenstellung der actio Publiciana mit dem Anspruch auf Eviktionsleistung und der accessio possessionis, also mit solchen Rechtsverhältnissen, die das Dasein eines auctor wesentlich voraussetzen; vgl. auch *Guyet* cit. p. 60 sqq. und die dort in Not. 14. Angeff., Puchta, Kurs. der Institut. II. §. 233. Not. g, Vorles. I. §. 173, *Obrock* cit. p. 94, Sell S. 407 fg., Stephan im civ. Arch. XXXIV. S. 370 fgg. Not. 17, *Molitor* p. 287, *Pellat* p. 492 sqq., Pagenstecher III. S. 199 fg., Windscheid Lehrb. I. §. 199. Not. 5. Wenn man aber auch mit der überwiegenden Mehrzahl der Interpreten eine unauflösliche Antinomie annehmen wollte, so müßte doch auch unter dieser Voraussetzung der l. 7. §. 2. cit. praktisch der Vorzug zugestanden werden, weil der in ihr ausgesprochene Rechtssatz völlig konsequent ist, und weil sie in dem Titel steht, in welchem ex professo die actio Publiciana abgehandelt wird, und also Nachlässigkeit der Kompilatoren am wenigsten zu vermuthen ist.

d) Endlich muß auch *bona fides* vorhanden sein, l. 1. pr., l. 7. §. 11 sqq. h. t. Zu welcher Zeit aber, ist nicht unbestritten. Das richtigste nach den angeführten Gesetzen ist gewiß, daß blos das Moment des Besitzerwerbs in Betracht zu ziehen ist. Wenn man (vgl. z. B. außer vielen ältern Juristen bei Glück VIII. S. 241. Not. 94. unter den Neueren bes. Tigerström S. 123 fgg.) sich dagegen auf l. 7. §. 17. h. t. beruft, und daraus auch die Nothwendigkeit der bona fides zur Zeit der Klage ableiten will, so ist dies gewiß irrig, indem da vielmehr nur die auch bei der Usukapion vorkommende Singularität hervorgehoben wird, daß bei der emtio venditio der gute Glaube zur Zeit der Tradition und des Kontrakts vorhanden gewesen sein müsse, denn daß die Schlußworte: oportet *et tunc* bona fide emtorem esse wirklich auf die Zeit des geschlossenen Kontrakts, nicht aber auf die Zeit der Klage bezogen werden müssen, geht schon mit Sicherheit aus dem Zusammenhange dieser Stelle, besonders, wenn man sie mit dem vorhergehenden §. 16. vergleicht, hervor, und wird auch noch bestimmt unterstützt durch Basil. XV. 2. 7. fin. Mehr Schein hat die Berufung auf l. 11. §. 3. h. t. Könnte man hier mit Cujacius, dem Viele folgen (vgl. Glück VIII. S. 341. Not. 94, und unter den Neueren auch Thibaut in Braun's Erörtr. S. 490) statt *quo experiar* lesen *quo et pariat* oder *quo pariat*, so wäre dadurch freilich auf das Leichteste geholfen, aber die Florentina mit den bei weitem meisten Vulgatmss. und die Basiliken XV. 2. 11. stehen dieser Veränderung entgegen, und man muß daher wohl zugeben, daß bei dem *partus ancillae furtivae* wirklich bona fides zur Zeit der Klaganstellung nöthig war, namentlich, wenn die Sklavin durch Schenkung erworben war (vgl. auch das schol. des Stephanus ad Basil. cit. bei *Zachariae* suppl. Basil. p. 45), was aber dann jeden Falls als eine nicht auszudehnende Singularität erscheint, vgl. Glück VIII. S. 344 fgg. und etwa Unterholzner, Verj. I. S. 335 fgg., *Obrock* p. 74 sqq., Schmid S. 359. Not. 16, *Molitor*

p. 288 sbq., *Pellat* p. 548 sqq., Schirmer in Gießer Zeitschr. XV. S. 307 fgg., Schmidt, Methode der Ausleg. S. 139 fg. — Viele aber, welche nach römischem Rechte zugeben, daß die mala fides superveniens der Anstellung der Public. nicht im Wege stehe, behaupten doch, dies sei durch die bekannte Bestimmung des Kanon. Rechts, wornach zur Usukapion fortdauernde bona fides erfordert wird, aufgehoben, vgl. z. B. Sintenis I. S. 527. Not. 12, Schmid I. S. 360. Not. 18; aber mit Recht erklären sich die Meisten dagegen, denn zur actio Public. gehört durchaus nicht, daß der Usukapions-Besitz nicht unterbrochen sein dürfe, und darum kann die mala fides superveniens nicht der actio Publ. entgegen stehen.

2) Was insbesondere noch den Verklagten anbelangt, so ist das leicht erkennbare Prinzip, daß man mit dieser Klage gegen Jeden, aber auch nur gegen den durchbringen kann, welcher mit schlechterm Rechte besitzt, als der Kläger, d. h. gegen den, in dessen Person nicht ebenfalls die Voraussetzungen der Publizianischen Klage begründet sind. Es versteht sich demnach von selbst, daß unsre Klage mit Effekt nicht angestellt werden kann:

a) gegen den wirklichen Eigenthümer, l. 16. 17. h. t. Doch kommt hiervon eine übrigens leicht begreifliche Ausnahme vor. In denjenigen Fällen nämlich, in denen eine dem Rechte nach begründete Vindikation des Eigenthümers durch eine justa exceptio (namentlich doli, rei venditae et traditae und rei judicatae) unwirksam gemacht werden kann (s. den vorigen Sen), kann auch die der Publiciana actio entgegengesetzte exceptio justi dominii durch eine entsprechende replicatio (rei vend. et trad. u. s. w.) elidirt werden, l. 72. de R. V., l. 14. h. t., l. 2. de exc. rei vend. et trad. (21, 3), l. 1. 3. pro emt. (41, 4), l. 24. de exc. rei judic. (44, 2), l. 4. §. 32. de dol. mal. exc. (44, 4); *Guyet* p. 64 sqq., *Obrock* p. 105 sqq., Bachofen, Pfandrecht I. S. 69 fgg. Not. 18, Schmid S. 363. Hierher gehört auch die vielbesprochene (vgl. Glück VIII. S. 366 fgg., *Schult.* et *Smallenb.* ad h. l. tom. III. p. 360 sqq.), l. 57. mandati (17, 1). Papinian sagt dort:

> „Mandatum distrahendorum servorum defuncto, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit. Quoniam tamen heredes ejus errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emtoribus usucaptos videri placuit; sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non utiliter acturum, quum exceptio justi dominii causa cognita detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno".

Bei sorgsamer Erwägung kann es kaum zweifelhaft sein, daß statt der in der Florent. und der Mehrzahl der Vulgatmanuskripte vorkommenden Lesart: „*non utiliter* acturum" gelesen werden muß: „*non inutiliter*" oder „*utiliter* acturum", wofür auch die Basiliken XIV. 1. 57. („καλῶς"), die Scholien ad h. l. (bei Heimb. II. p. 137 sq.) und mehrere Mss. (s. Savigny a. a. O. S. 293 fgg.) sprechen, und der einfache Sinn der Schlußworte geht dann dahin, daß der Sklavenhändler, welcher den Auftrag zum Verkauf gegeben hatte, mit Wirksamkeit die actio Publiciana gegen die Käufer anstellen dürfe, und dieselbe

manche Neuere wollen, geht wohl aus den bisherigen Erörterungen zur Genüge hervor. —

Wie die römische Jurisprudenz später die Publizianische Klage auch auf **jura in re aliena** (jedoch mit Ausschluß des Pfandrechts) ausgedehnt habe, ist an den betreffenden Orten näher zu erwähnen (vgl. §. 354). —

Eine eigenthümliche Lehre hat neuerlich Delbrück in seinem schon öfter angeführten, interessanten Buche über „die dingliche Klage des deutschen Rechts" Leipz. 1857. historisch und dogmatisch zu begründen versucht. Darnach sei die Publizianische Klage des römischen Rechts in unsrem heutigen Rechte gänzlich absorbirt, und an ihre Stelle sei eine eigenthümliche, aus einer Mischung römischer und germanischer Rechtssätze gewohnheitsrechtlich begründete „dingliche Klage des deutschen Rechts" getreten, die sich in wesentlichen Punkten von der Publizianischen Klage unterscheide; s. bes. S. 273 fgg. und Heimbach im Rechtslex. XII. S. 1 fgg. S. 105 fgg. (wo das ganze Delbrück'sche Buch fast buchstäblich abgeschrieben ist!!). Vgl. dagegen die gründlichen Erörterungen von Bruns in Bekker's Jahrb. IV. S. 1 fgg., u. s. auch Pagenstecher, Eigenth. III. S. 207 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. 2. Ausg. I. §. 46. Not. 24. §. 53. Not. 2, Windscheid, Lehrb. I. §. 162. Not. 11.

C. Von dem interdictum Uti possidetis und Utrubi.

§. 336.

Dig. XLIII. 17, Cod. VIII. 6. uti possidetis; Dig. XLIII. 31. de utrubi. — v. Savigny, Recht des Besitzes §. 37—39. 6. Aufl. S. 472 fgg., Duroi im ziv. Arch. VI. S. 263 fgg., Albert, über das interdict. uti possidetis der Römer. Halle 1824, Wiederhold, das interdict. uti possidet. u. s. w. Hanau 1831, v. Tigerström, die b. f. poss. §. 23 fgg., S. 147 fgg., Pfeifer, Besitz S. 90 fgg., Puchta, Kurs. der Institut. II. §. 225, Keller in der gesch. Zeitschr. XI. 9, bes. S. 304 fgg., Rudorff ebendas. XI. 10. S. 333 fgg., Bruns, Besitz §. 6. S. 38 fgg., Zielonacki, krit. Erörtr. über die Servitutenlehre; nebst einem Anhang über das interd. uti possid. Breslau 1849. S. 261 fgg., Ders. Besitz S. 134 fgg., Theodori, über d. Interd. des röm. Rechts zur Erhaltung des Besitzes. München 1858, Pagenstecher III. S. 225 fgg.

1) *Ulp.* l. 1. pr. uti poss.: Ait praetor: *Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fiero veto. De cloacis hoc interdictum non dabo, neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.* — 2) *Diocletian.* et *Maximian.* l. un. C.

eod.: Uti possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero n. v. n. c. n. p. possidetis, rector provinciae vim fieri prohibebit, ac satisdationis vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata, de proprietate cognoscet. (Einen erfreulichen Beitrag zur Interpretation der letzten Worte giebt das neuentdeckte Fragment aus Ulpian's Institutionen, vgl. auch Rudorff in der gesch. Zeitschr. IX. S. 27).

3) *Ulp.* l. 1. §. 2. 3. eod.: Hujus autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. (§. 3.) Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est, ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. *Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc, si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.*

4) *Ulp.* l. un. de utrubi: Praetor ait: *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.* §. 1. Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet, sed obtinuit, vim ejus exaequatam fuisse Uti possidetis interdicto, quod de rerum soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui n. v. n. c. n. p., dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet.

Anm. I. Die Theorie von Savigny a. a. O. vgl. mit §. 6. S. 32 fgg. und §. 12a. S. 215 fgg. geht im Wesentlichen dahin: „Die possessorischen Interdikte (wohin Savigny bekanntlich nur die **interdicta retinendae** und **recuperandae possessionis** zählt) wurden sehr wahrscheinlich zum Schutz der **possessio** beim **ager publicus** eingeführt, und erst später auch auf den Besitz andrer Sachen angewendet, und ihr allgemeiner Grundcharakter ist, daß es Klagen *ex maleficio* sind, und ihre Darstellung also ins Obligationen-Recht gehört. Daß dies namentlich auch bei den **interdicta retinendae possessionis** der Fall ist, geht aus einer Aufzählung der Fälle hervor, in denen dieselben anwendbar sind. Sie kommen aber vor: 1) wenn der Besitzer durch die Störung des Besitzes Schaden gehabt hat, welchen er jetzt ersetzt haben will; 2) wenn eine zukünftige Störung des Besitzes zu befürchten ist, gegen welche der Besitzer geschützt sein will; 3) wenn ein Prozeß über das Eigenthum durch die vorläufige Untersuchung des Besitzstandes regulirt werden soll, sollte auch gar keine ge-

waltsame Störung des Besitzes vorgefallen, oder zu befürchten sein. Die beiden ersten Fälle sind offenbar die ursprünglichen, da sie allein in den Worten des Edikts vorkommen (der erste Fall in den Worten: neque pluris quam quanti res erit — — agere permittam, der zweite in den Worten: uti possidetis — — quo minus ita possideatis vim fieri veto), und gerade bei diesen ist gar nicht zu verkennen, daß ihnen eine obligatio ex maleficio zu Grunde liegt. Der dritte, in den Worten des Edikts gar nicht enthaltene, und also erst durch die Jurisprudenz darunter subsumirte Fall, hängt aber mit dem zweiten durch die ganz unschuldige Fiktion zusammen: es seien hier Thätlichkeiten zu befürchten, so daß nun dieser dritte Fall in der theoretischen Ansicht dem zweiten völlig gleich steht, und also die obige Klassifikation der Interdikte zu widerlegen nicht geeignet ist. Die Bedingungen dieser Interdikte sind demnach, daß juristischer Besitz wirklich erworben, daß eine gewaltsame Verletzung desselben vorgekommen, und daß durch diese gewaltsame Verletzung der Besitz selbst nicht aufgehoben sei. Als Verklagter gilt Jeder, dem wir die Besitzstörung vorwerfen können, und der Zweck dieser Interdikte ist dreifach, nämlich für den Fall einer wirklich schon vorgekommnen Störung: Schadenersatz; für den Fall einer gedrohten zukünftigen Störung: Verhinderung der befürchteten unrechtlichen Handlung; und für die Anwendung dieser Interdikte auf den Prozeß über Eigenthum: Entscheidung der Frage, welcher von beiden Theilen den Besitz gegenwärtig habe? Für den Erfolg der interd. retin. poss. ist aber noch die Regel wichtig, daß sie duplicia sind, und darin liegt in der That zweierlei: a) Jeder der streitenden Theile kann die Klage anstellen [in welchem Sinne dies Savigny nimmt, wird in der folgenden Darstellung der richtigen Ansicht noch näher angegeben werden], und b) Sie sollen im Prozeß gleiche Rechte haben, wovon die wichtigste praktische Folge die ist, daß der Kläger eben so wohl als der Beklagte kondemnirt werden kann".

So scharfsinnig und geistreich auch Savigny diese Theorie zu entwickeln und zu begründen versucht hat, so ist dieselbe doch meiner Ueberzeugung nach im Ganzen, wie im Einzelnen mit unseren Quellen in unauflöslichem Widerspruch. Man muß vielmehr in direktem Gegensatz zu der Savigny'schen Ansicht von dem einfachen Grundgedanken ausgehen: das Wesen und der Grund der Einführung der interdicta retinendae possessionis besteht darin, daß dadurch die, den Eigenthums-Prozeß vorbereitende Frage entschieden werden soll, welcher von zwei Partheien, die gleicher Weise den Besitz für sich in Anspruch nehmen, die Rolle des possessor, und welcher die des petitor zuzuweisen sei? wobei sich nur von selbst versteht, daß nicht immer auf ein solches Possessorium auch wirklich ein Petitorium folgen muß, denn wenn die Partheien sich bei der Entscheidung, die in dem possessorischen Prozeß erfolgte, beruhigen, so hat es dabei begreiflich sein Bewenden. Hiernach liegt aber diesen Interdikten durchaus keine obligatio ex maleficio zu Grunde, sondern es soll dadurch nur eine controversia de possessione entschieden werden, ähnlich wie bei der rei vindicatio eine controversia de proprietate u. dgl. m. zur Entscheidung gebracht wird. Die wesentlichen Beweise für diese Ansicht möchten folgende sein:

1) Mit klaren Worten wird der hier angedeutete Grund der Einführung

jener Interdikte nicht nur von Ulpian in l. 1. §. 2. 3. h. t. (s. T. 3.), sondern wo möglich noch bestimmter von Gaius IV. 148:

> „Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est, et ante quaeritur, *uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cujus rei gratia comparata sunt Uti possidetis et Utrubi*",

und Justinian in §. 4. J. de interd. (4, 15) ausgesprochen, vgl. auch *Theophil.* ad h. l., l. 35. de poss., l. un. C. uti possidetis. In der That ist es doch wohl zu kühn, mit Verwerfung dieser klaren Zeugnisse einen Entstehungsgrund annehmen zu wollen, für den auch nicht ein einziger Quellenausspruch angeführt werden kann, und der mir wenigstens schon darum als sehr unwahrscheinlich erscheint, weil sich dann die ganze Grundlage dieser Interdikte auf eine wahrhaft merkwürdige Weise verändert hätte. Der possessor eines ager publicus konnte nämlich unmöglich den animus rem sibi habendi haben, so daß ihm gerade das fehlt, was wenigstens späterhin als die wesentliche Bedingung dieser Interdikte vorkommt. Und wie verhält es sich mit dem interd. Utrubi? Savigny muß annehmen, daß dasselbe später als das interd. uti possidetis entstanden sei, aber ein Beweis dafür möchte schwerlich beigebracht werden können. — Ließe sich aber auch wirklich nachweisen, daß Gaius, Ulpian und Justinian in einem historischen Irrthum gewesen wären, so würden doch ihre Aussprüche für unsere Ansicht nicht weniger beweisend sein, denn soviel geht jedenfalls daraus hervor, daß ihnen die interdicta retin. poss. keine Klagen ex maleficio waren, und dieses muß also, mögen sie geirrt haben oder nicht, als praktisches Recht anerkannt werden.

2) Für die richtige Ansicht sprechen auch sehr entscheidend die eigenen Worte des Edikts, namentlich die über das interdictum Uti possidetis, vgl. T. 1. und *Fest.* s. v. Possessio. Ihr Sinn ist offenbar: „Wer von Euch, die Ihr Beide zu besitzen behauptet, wirklich besitzt, der soll als Besitzer von mir anerkannt werden". Augenscheinlich kam es hiernach nur auf eine Untersuchung der Frage an: wer ist als Besitzer anzuerkennen? denn daß in den Worten *vim fieri veto* nicht eine Hindeutung auf eine wirklich drohende Gewalt liegt, sondern daß sie nur eine Formel für die Anerkennung des Besitzes enthalten, brauchte wohl kaum bemerkt zu werden, wenn nicht selbst Savigny sich in andrem Sinne geäußert hätte; s. jedoch auch Bruns S. 39 fgg., Schmidt, Interdikten-Verf. S. 53 fgg. Daß die Schlußworte des Edikts, in denen auf eine Entschädigungs-Verbindlichkeit des Besiegten hingedeutet zu sein scheint, dieses Interdikt zu einer Klage ex maleficio zu stempeln nicht geeignet sind, wird aus der weiter unten gegebenen richtigern Erklärung dieser Worte von selbst hervorgehen. Wie demnach Savigny S. 476. Note (6te Aufl.) gerade durch die Ediktsworte bewogen werden kann, den vorher angeführten Zeugnissen von Gaius, Ulpian und Justinian (Savigny nennt freilich blos Ulpian) historische Glaubwürdigkeit abzusprechen, ist mir nicht wohl begreiflich, da ich umgekehrt gerade in diesen Worten eine sprechende Bestätigung jener Zeugnisse finden muß.

3) Nach Savigny kann das Interdikt gegen Jeden gebraucht werden, der uns in irgend einer Weise in unserm Besitz stört, und wohin diese Ansicht

führen kann, ist uns in einem zelebren Beispiel vor Augen gebracht worden, indem ein berühmter Romanist das interd. Uti possidetis für zulässig hält, wenn, „in der Nacht Spektakulanten in das Haus bringen, darin herum schreien, an die Thüren klopfen, die Thüren aufreißen" u. s. w.! vgl. ziv. Arch. XVIII. S. 321). Nun heißt es aber in unsren Quellen: Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur: *etenim videris mihi possessionis controversiam facere*, qui prohibes me uti mea possessione, l. 3. §. 2. h. t., und da es auch außerdem ganz allgemein heißt: „Interdicto Uti possidetis *de fundi vel aedium possessione contenditur*, Utrubi vero interdicto *de rerum mobilium possessione*", §. 4. J. de interd., vgl. *Gai.* IV. 149, l. 1. §. 3. f. Uti possidetis (T. 3.), so kann es doch wohl nicht zweifelhaft sein, daß nicht contra quemcunque turbantem, sondern nur gegen denjenigen das Interdikt gebraucht werden kann, welcher auch wirklich unsren Besitz ganz oder theilweise bestreitet, und dieses muß, wenn es auch nicht ausdrücklich hervorgehoben wird, doch immer supponirt werden, wo das Interdikt wegen einer Turbation in unsern Quellen eingeräumt wird, um so mehr, da sich, wenn blos de maleficio, und nicht *de ipsa possessione* kontrovertirt würde, nicht wohl begreifen ließe, wie diese Interdikte zu den possessorischen gezählt werden konnten. Wo Turbationen andrer Art vorkommen, da sind nicht unsre possessorischen Interdikte, sondern ganz andre Klagen (interd. quod vi aut clam, actio injuriarum, actio legis Aquiliae u. dgl.) anzustellen. Zu vollständigster Bestätigung des hier Gesagten dient aber noch die Darstellung des Gaius IV. §. 166—168, denn daraus geht auf das Bestimmteste hervor, daß jeder Litigant, sowohl der, qui fructus licitatione vicit, als der qui victus est, den Beweis übernehmen muß: *ad se possessionem pertinere*, und der judex „illud requirit, quod Praetor interdicto complexus est, id est, *uter eorum eum fundum easve aedes* per id tempus, quo interdictum redderetur, n. v. n. c. n. p. *possederit*".

4) Nur aus der hier vertheidigten Ansicht läßt sich der Charakter der Duplizität erklären, der den interdicta retin. poss. in unsern Quellen beigelegt wird, *Gai.* IV. §. 160, §. 7. J. de interd., l. 2. pr. de interd. (43, 1), l. 3. §. 1. Uti possid., l. 37. §. 1. de O. et A. (44, 7). Doch ist vorerst der Begriff der Duplizität festzustellen, da hierüber keineswegs Uebereinstimmung herrscht. Interdicta duplica in dem hierher gehörigen Sinne des Worts (eine andre uns hier nicht berührende Bedeutung lernen wir erst aus dem neu entdeckten Fragment von Ulpian's Institutionen, wodurch auch l. 2. §. 3. de interd. verständlich geworden ist, vgl. Rudorff in der gesch. Zeitschr. IX. S. 11 fgg.) sind diejenigen Interdikte, bei denen gar kein Unterschied vorkommt zwischen der Kläger- und der Verklagten-Rolle, bei denen es also ganz irrelevant ist, welche der beiden prozessirenden Partheien zufällig den ersten Angriff gemacht hat. Die Wahrheit dieses Begriffs vorausgesetzt, müssen folgende Sätze aufgestellt werden: 1) Die Funktionen beider Partheien während des Prozesses sind ganz gleich, und namentlich ist beiden Partheien ganz derselbe Beweis aufzulegen. 2) Auch das endliche Schicksal des Prozesses kann für beide Partheien ganz dasselbe sein; welche von beiden nämlich, einerlei

ob Kläger oder Verklagter, den ihr auferlegten Beweis erbringt, der wird der Besitz zuerkannt, und der Gegner wird kondemnirt, so daß also namentlich auch der, welcher den ersten Angriff gemacht hat, nicht blos, wie sonst gewöhnlich, abgewiesen, sondern auch kondemnirt werden kann. 3) In denselben Fällen, in denen die eine Parthei kondemnirt werden kann, kann dies auch bei der andern vorkommen; und da es nun anerkannt ist, daß der Kläger kondemnirt werden kann, wenn er den Besitz von dem Verklagten vi, clam oder precario erworben hat, so muß auch der Verklagte kondemnirt werden können, wenn er den Besitz von dem Kläger auf vitiöse Weise erworben hat; mit andern Worten, nicht blos derjenige, welcher zur Zeit der Anstellung des Interdikts wirklich noch den Besitz hat, kann wirksam mit einem interd. retin. poss. auftreten, sondern auch derjenige, dem der Besitz von dem Verklagten auf vitiöse Weise entzogen worden ist. — Mit diesem hier entwickelten Begriff stimmen aber nur die Wenigsten überein, sondern regelmäßig beschränkt man denselben darauf, daß auch der Kläger kondemnirt werden könne, wenn dieser von dem Verklagten den Besitz vi, clam oder precario erworben habe, und namentlich ist dies auch die Ansicht von Savigny S. 482 fgg. In Betreff des Beweises nämlich erklärt derselbe ausdrücklich S. 484 fgg., daß in dieser Beziehung „ohne Zweifel" derjenige als Kläger zu betrachten sei, welcher zuerst vor dem Richter auftrete; und in Betreff unsres letzten Satzes lehrt er zwar S. 482: „Jeder der streitenden Theile kann die Klage anstellen, oder als Kläger auftreten", aber daß er darunter nur eine faktische Möglichkeit versteht, ähnlich wie auch ein Nichteigenthümer die rei vindicatio anstellen kann, aber freilich ohne die Hoffnung des Erfolgs, geht nicht nur aus der Anmerkung zu jenem Satze hervor, sondern auch an andern Orten seines Buches sagt er ausdrücklich: nur derjenige könne mit Erfolg ein interd. retin. possess. anstellen, welcher im Augenblick der Klage noch wirklich Besitzer sei, vgl. S. 478. geg. E., S. 483. Z. 8—10, S. 484. Z. 11 fg., S. 487 fg., S. 491, S. 494 fg. Es läßt sich aber die Unrichtigkeit dieser Ansicht vollständig, wie ich glaube, aus den Quellen darthun:

a) Ueberall, wo die Duplizität der interdicta retin. poss. beschrieben wird, wird ihr Wesen darein gesetzt, daß hier gar kein Unterschied vorkomme zwischen Kläger und Verklagten. Besonders sprechend ist hier die Darstellung des Gaius IV. 157—160. Hiernach nämlich sind simplicia interdicta diejenigen, *„in quibus alter actor, alter reus est"*, und dahin gehören namentlich alle interdicta restitutoria und exhibitoria; „nam actor est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui, reus is est, a quo desideratur, ut exhibeat aut restituat". Duplicia interdicta aber, fährt er fort, sind das interd. uti possidetis und Utrubi darum, „quia par utriusque litigatoris in his conditio est, *nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur*, sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet, quippe practor pari sermone cum utroque loquitur". Vgl. §. 7. J. de interd., l. 3. §. 1. uti possidetis („Hoc interdictum duplex est, et hi, quibus competit, *et actores et rei sunt*"), l. 37. §, 1. de O. et A. (44, 7). Offenbar also soll hiernach kein Unterschied der Partheienrolle zwischen den beiden Prozessirenden Statt finden, und was von dem einen Theile gilt, muß auch ganz so von dem andern gelten,

so daß es also auch — anders wie bei den **interdicta simplicia**, bei denen **is actor est, qui desiderat, is reus, a quo desideratur** — gar keinen Unterschied machen kann, wer von den Beiden durch seinen Antrag den Prozeß veranlaßt hat. Da aus diesem durch die Quellen auf das Bestimmteste ausgesprochenen Grundsatze unsre obigen drei Sätze mit logischer Nothwendigkeit hervorgehen, so sind sie eben dadurch schon vollständig bewiesen.

b) Ein sehr entscheidendes Argument giebt die Interdiktsformel selbst an die Hand. Während nämlich bei **interdicta simplicia** der Prätor stets in Gemäßheit des Antrags der zuerst auftretenden Parthei interdizirt, und diese dann auch nach ordinirtem judicium die Rolle des Klägers hat, so verhält es sich bei unsern Interdikten ganz anders, „quippe Praetor pari sermone cum utroque loquitur", zum sichern Zeichen, daß es hier ganz gleichgiltig ist, welche Parthei den Antrag auf das Interdikt gestellt hat. Noch deutlicher wird dies durch die Nachrichten bestätigt, die uns Gaius **IV.** §. 166 fgg. von der bei diesen Interdikten vorkommenden fructus licitatio giebt. Welche von beiden Partheien beim Anfang des Prozesses im Besitz der Sache sein mag, erscheint darnach als völlig irrelevant, da die Inhabung und Benutzung für die Zeit des Prozesses dem Meistbietenden zuerkannt, und dann beiden Partheien ganz derselbe Beweis aufgelegt wird (*Gai.* IV. 167: „Ergo is, qui fructus licitatione vicit, *si non probat,* ad se pertinere possessionem" rel., *Gai.* IV. 168: „Ille autem, qui fructus licitatione victus est, *si non probat,* ad se pertinere possessionem" rel.). Wenn auch später dieses Zwischenverfahren der fructus licitatio weggefallen ist, und demnach die Sache während des Interdikt-Prozesses in den Händen des bisherigen Inhabers bleibt, so mußte das doch natürlich auf die, beiden Partheien in ganz gleicher Weise aufliegende, Beweislast ohne Einfluß sein.

c) Nach der herrschenden von Savigny adoptirten Ansicht müßte die von dem Richter zu entscheidende Frage so gefaßt sein: „Besitzt der Kläger? und, wenn er besitzt, hat er diesen Besitz nicht vi, clam oder precario von dem Verklagten erworben?" Offenbar geflissentlich aber wird diese Hervorhebung der einen oder der andern Partheirolle überall vermieden: und die zu beantwortende Frage vielmehr so hingestellt: *uter* eorum n. v. n. c. n. p. possederit? *Gai.* IV. 166, vgl. *Gai.* IV. 148, §. 4. J. de interd., l. 1. §. 3. uti possid., so wie auch ganz allgemein demjenigen — nicht etwa nur dem Kläger — der Sieg zuerkannt wird, qui n. v. n. c. n. p. *ab adversario* [also nach Verschiedenheit der Fälle bald vom Verklagten, bald vom Kläger] possideat, *Gai.* **IV. 159,** vgl. auch die Interdikts-Worte: „uti n. v. n. c. n. p. *alter ab altero* possidetis" und l. 1. §. 9. uti possid. Freilich könnte man hier noch einwenden: hier sei überall der Sieg nur dem Besitzer, einerlei übrigens, ob er Kläger oder Verklagter ist, versprochen, wenn nämlich sein Besitz nicht vitiös ist; aber in keiner dieser Stellen sei auch gesagt, daß der Nichtbesitzer superior sein solle, wenn der Gegner einen vitiösen Besitz habe. Dieser Einwand würde aber, wenn man konsequent sein will, sowohl den nichtbesitzenden Verklagten, wie den nichtbesitzenden Kläger treffen, und man müßte also auch die Möglichkeit, den Kläger dann zu verurtheilen: wenn er vi, clam oder precario a reo besitzt,

in Abrede stellen, und wirklich ist dies neuerlich von Schmidt, Interd.-Verf. S. 112 fgg., Windscheid, Lehrbuch §. 159. Note 10, und, wie es scheint, auch von Brinz S. 82 geschehen, indem dieselben behaupten, daß der Kläger nur dann kondemnirt werden könne, wenn der Beklagte wirklich besitze, während, wenn derselbe nur die Fehlerhaftigkeit des klägerischen Besitzes darthue, lediglich eine Abweisung der Klage erfolgen müsse. Muß man aber diese Ansicht verwerfen, weil darnach die ganze, in den Gesetzen nicht nur anerkannte, sondern besonders hervorgehobene Duplizität zu einer blosen Illusion, ohne alle und jede reelle Bedeutung herabsinken würde (vgl. auch Arndts, Lehrb. §. 172. Anm. 2), hält man sich vielmehr mit der herrschenden Lehre für berechtigt, den besitzenden Kläger zu verurtheilen, wenn er auf vitiöse Weise vom Verklagten besitzt, so muß auch ganz mit demselben Rechte der besitzende Verklagte verurtheilt werden, wenn er den Besitz vi, clam oder precario von dem Kläger erworben hat, und wirklich heißt es auch ganz allgemein in l. 3. pr. uti possidet.: „si quis proponeret possessionem justam et injustam; ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam; *si a me possides, superior sum interdicto*“. Hier zu supponiren, daß der Nichtbesitzer gerade der Verklagte gewesen sei, ist eine Willkür, die nach der bisherigen Ausführung eines jeden Haltpunkts entbehrt.

d) Es könnte unbegreiflich scheinen, wie nach solchen Quellenzeugnissen die herrschende Lehre über die Duplizität unserer Interdikte habe entstehen können, wenn sich nicht der hier vertheidigten Ansicht zwei, scheinbar sehr wichtige, Bedenklichkeiten entgegenstellten. Da nämlich unsrer Ansicht nach das interdictum Uti possidetis und Utrubi auch von dem Nichtbesitzer mit dem Erfolg angestellt werden kann, daß ihm der Besitz restituirt werden muß, so scheint dies der Natur eines interdictum *retinuendae* possessionis zu widerstreiten, vgl. bes. l. 1. §. 4. uti possidet.:

> „Est igitur hoc interdictum, quod vulgo Uti possidetis appellatur, retinendae possessionis, nam hujus rei causa redditur, *ne vis fiat ei, qui possidet.* Et consequenter proponitur post interdictum Unde vi; illud enim restituit vi amissam possessionem, *hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio.*. Denique praetor possidenti vim fieri vetat, et illud quidem interdictum oppugnat possessorem, *hoc tuetur*“;

und außerdem ließe sich einwenden, daß durch unsere Ansicht eine ganz überflüssige und unzuläßige Konkurrenz der interdicta retinendae possessionis mit den interdicta recuperandae possessionis entstände. So scheinbar diese Einwendungen sind, so möchte doch:

α) die erstre schon dadurch viel an ihrem Gewichte verlieren, wenn man die Vorjustinianische Theorie des interd. *Utrubi* ins Auge faßt. Hiermit konnte, wie selbst die Gegner anerkennen, auch der Nichtbesitzer als klagender Theil siegen, wenn er nur majore parte anni besessen hatte, und doch fanden die Römer kein Bedenken, dieses Rechtsmittel zu den interdicta *retinendae* possessionis zu zählen. Diese Möglichkeit, daß auch ein Nichtbesitzer mit einem interd. retin. poss. siegreich auftreten kann, erklärt sich meines Erachtens am einfachsten durch den formellen Unterschied, der jeden Falls zwischen diesem und

dem interd. Unde vi Statt findet. Während nämlich bei dem letzten der Kläger stets die Restitution des ihm gewaltsam entrissenen fundus, und vollen Schadensersatz verlangt, und diese seine Ansprüche eben auf die gewaltsame Dejektion von Seiten des Gegners gründet, ist umgekehrt bei dem interd. retin. poss. die Intention beider Partheien stets nur: ego [juste] possideo, und der judex entscheidet principaliter immer nur: Titius [juste] possidet. In dieser Intention war aber nach der unter den frühern römischen Juristen sehr verbreiteten Ansicht, daß man, wenn ein Andrer von uns den Besitz vi, clam oder precario erworben habe, diesem injustus possessor gegenüber doch noch immer Besitzer, nämlich jussus possessor sei (vgl. die oben §. 200. angeff. Gesetze), schon von selbst auch der Fall enthalten, daß der Gegner auf vitiöse Weise den Besitz von uns erlangt habe; und hieran konnte sich materiell auch nichts ändern, nachdem die spätern römischen Juristen eine possessio plurium in solidum (eine possessio justa und injusta) nicht mehr anerkannten. Die rein formelle Veränderung mochte seitdem allerdings eintreten, daß das: adversarius vi — — — a me possidet, welches früher schon implicite in der intentio: ego juste possideo enthalten war, jetzt als *exceptio* oder *replicatio* aufgefaßt werden mußte. — Die l. 1. §. 4. cit. erklärt sich nun auch sehr leicht. Da nämlich bei dem interdictum Uti possidetis es formell immer auf die Anerkennung eines vorhandenen Besitzes ankommt, und da überdies gerade bei Immobilien auch praktisch das interdictum Uti possidetis regelmäßig nur von dem wirklichen Besitzer angestellt wurde, da der dejectus gewiß immer das ihm viel vortheilhaftere interdictum unde vi gebrauchte, so können die Gegensätze, welche Ulpian dort zwischen dem interdictum Uti possidetis und dem interd. Unde vi aufstellt, die bisher vertheidigte Theorie, daß auch der Nichtbesitzer die interd. retin. poss. mit Effekt gebrauchen könne, gewiß nicht umstoßen.

β) Die zweite Einwendung würde, wenn man sich die interdicta recup. poss. als die früheren denkt — wofür ein freilich sehr schwaches Argument aus l. 1. §. 4. Uti possidet. entnommen werden könnte — so lauten: „es lasse sich nicht erklären, weßhalb man den interdicta retin. poss. eine so weite Ausdehnung gegeben habe, da ja wegen der schon vorhandenen interd. recuper. poss. gar kein Bedürfniß dazu da gewesen sei". So aufgefaßt würde aber dieser Einwand unsre bisherige Argumentation in Betreff des interd. *Utrubi* gar nicht berühren, da die interd. recup. poss. bei Mobilien keine Anwendung finden; für das interd. *Uti possidet.* läßt sich nun wohl zugeben, daß kein dringliches praktisches Bedürfniß die oben nachgewiesene Ausdehnung nothwendig gemacht habe, so wie denn auch wirklich noch h. z. T. der Nichtbesitzer gegen den vitiösen Besitzer einer Immobilie gewiß immer zu dem interd. Unde vi, nicht aber zu dem interd. Uti possidet. greifen wird; aber dies ist doch offenbar kein hinlänglicher Grund, um die oben nachgewiesene Wirklichkeit einer solchen Ausdehnung in Abrede zu stellen. — Denkt man sich aber umgekehrt das interd. Unde vi als das spätere, so würde man jene Einwendung so ausdrücken müssen: „nach der hier vertheidigten Ausdehnung der interd. retin. poss. sei es nicht wohl begreiflich, wie noch darneben interdicta recup. poss. hätten aufkommen können, da ja die erstren die Funktionen der letztern schon vollständig

erfüllt hätten". Gerade dieß aber muß mit Bestimmtheit geleugnet werden. Da nämlich bei den interdicta retinendae poss. keine Ansprüche auf das Malefizium des Gegners begründet werden, sondern nur die Frage: wem der Besitz zuzuerkennen sei? entschieden wird, so kann die Kondemnation auch nie auf Mehr, als den Besitz der Sache, gehen:

l. 1. pr. Uti possidet.: „— — neque pluris quam quanti res erit, agere permittam";

l. 3. §. 11. eod.: „In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. *„Quanti res est"* sic accipimus, *quanti uniuscujusque interest, possessionem retinere.* Servii autem sententia est existimantis, tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est; sed hoc nequaquam opinandum est, longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis",

und anderweite Entschädigungs-Ansprüche können niemals mit diesen Interdikten realisirt werden. Gerade umgekehrt verhält es sich aber mit dem interdictum Unde vi, denn dieses ist recht eigentlich dazu bestimmt, dem Dejektus vollen Ersatz für allen mittelbar und unmittelbar aus der violenta dejectio ihm erwachsenen Schaden zu verschaffen, was auch konsequent ist, da dieses Interdikt sich wirklich als eine Klage ex maleficio herausstellt, l. 1. pr. §. 31 sqq. unde vi (43, 16). —

II. In den bisherigen Ausführungen ist der Beweis für folgende, von der herrschenden Lehre freilich ziemlich abweichenden Sätze enthalten:

1) Die interdicta retinendae possessionis sind durchaus keine Klagen ex maleficio, sondern ihr wesentlicher Zweck ist nur die Entscheidung der Frage, welcher von zwei Partheien, die sich Beide gleichmäßig den Besitz einer Sache beilegen, der Besitz zuzuerkennen sei. Daß hier unter Besitz nur der juristische, nicht aber die bloße Detention zu verstehen ist, ist eben so gewiß, als es auf der andern Seite nicht bezweifelt werden darf, daß die Nachweisung einer justa causa durchaus nicht erforderlich ist, l. 1. §. 9, l. 2. 3. uti possidet., und dieses Letztere ist wohl der richtigern Ansicht nach auch nicht durch cap. 9. X. de probat. abgeändert worden, vgl. Savigny §. 51. S. 645 fgg., vgl. auch Langenn und Kori, Erörtrungen prakt. Rechtsfragen. Th. II. Nro. 21. — Da der wesentliche Zweck jener richterlichen Entscheidung der ist, die Partheirolle für die rei vindicatio zu bestimmen, so rechtfertigt sich dadurch leicht die in diesem Leitfaden gewählte Verbindung der interdicta retinendae possessionis mit den Eigenthumsklagen, und es darf dies nur nicht zu der früher nicht selten vertheidigten, aber freilich in jeder Beziehung verwerflichen Ansicht verleiten, als wenn diese Interdikte eine Art von provisorischer Vindikation wären; siehe dagegen auch Savigny §. 36.

3) Das Interdikt kann nicht contra quemcunque turbantem, sondern nur gegen denjenigen angestellt werden, welcher auch wirklich unsren Besitz ganz oder theilweise bestreitet. Daß sich in der Besitzstörung von Seiten eines Andern diese Absicht desselben aussprechen kann, versteht sich von selbst.

3) Es ist bei diesen Interdikten kein Unterschied zwischen den Partheirollen, und sobald also der Prozeß von einer der beiden Partheien angeregt ist, einerlei

von welcher, treten Beide in ein ganz gleiches Verhältniß und namentlich wird Beiden ganz derselbe Beweis aufgelegt, nämlich: sie sei noch im juristischen Besitz der Sache, oder es sei ihr doch derselbe vi, clam oder precario von dem Gegner entzogen worden. Das Letztre wird besonders für Mobilien wichtig, denn bei Immobilien wird man in einem solchen Falle kaum zu dem interdictum Uti possidetis, sondern besser zu einem interdictum recuperandae possessionis greifen.

4) Welche von den beiden Partheien den ihr obliegenden Beweis erbringt, trägt den Sieg davon, und es wird ihr der Besitz zuerkannt, mag dies der Implorant oder Implorat sein. Hat der Besiegte die Inhabung, so wird er h. z. T. stets zur Herausgabe der Sache selbst kondemnirt, während sich dies im früheren römischen Rechte natürlich anders verhielt, denn da nur auf eine Geldsumme kondemnirt werden konnte, so wurde der Besiegte immer nur zur Bezahlung des Besitzwerthes verurtheilt (vgl. Gai. IV. 166: „nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio judicio condemnatur"). Auf anderweiten Schadenersatz gehen dagegen die interdicta retin. possess. niemals (siehe auch Schmidt, Interd.-Verf. S. 60 fgg. S. 331); wohl aber darf der Besiegte dazu angehalten werden, eine s. g. cautio de non amplius turbando zu stellen, was zwar nicht aus der l. un. C. uti possidet. (denn die da erwähnte satisdatio geht jeden Falls auf etwas ganz Andres), wohl aber aus der Natur der Sache abgeleitet werden kann, vgl. *Conradi* diss. qua cautio de non amplius turbando in judic. possessor. usu fori recepta pertractatur. Helmst. 1737, v. Savigny §. 38. S. 489 fgg., Rudorff in der gesch. Zeitschrift IX. S. 27.

5) Hat keine der beiden Partheien den ihr obliegenden Beweis zu erbringen vermocht, so muß das possessorium unentschieden bleiben („neuter vincetur"), und wer eine Kondemnation des Gegners desiderirt, muß zu einer petitorischen Klage übergehen.

6) Das Interdikt wird nur innerhalb eines annus utilis gegeben, T. 1. a. E. (abweichende Ansichten finden sich theils bei Keller a. a. O. S. 307 fgg. und Schmidt, Interd.-Verf. S. 118 fgg., theils bei Huschke, Gaius S. 195 fgg.), d. h. das Faktum, durch welches der Gegner die Nichtanerkennung unsres Besitzes ausspricht, muß in dem letztverflossenen Jahre vorgekommen sein, und es kann also derjenige, welcher ein ganzes Jahr lang im ungestörten Besitze einer Sache ist, sollten auch vor dieser Zeit Ansprüche auf den Besitz gemacht worden sein, eben so wenig unser Interdikt gebrauchen, wie derjenige, welcher schon seit länger als einem Jahre seinen Besitz vi, clam oder precario verloren hat. Daß das Letztre von beiden Partheien in ganz gleicher Weise gilt, und daß also auch der Implorat nicht obsiegen kann, wenn das dem Imploranten angeschuldigte vitium possessionis schon älter als ein Jahr ist, möchte sich aus der völligen Gleichheit der beiden Partheien von selbst ergeben, und man wird hiergegen wohl auch nicht die Unverjährbarkeit der Exceptionen einwenden dürfen, da ja hier der Implorat es ganz in seiner Macht hatte, vor Ablauf jener Zeit selbst als Implorant aufzutreten. Wenn Arndts, Lehrbuch §. 172. Anm. 3, Pagenstecher III. S. 231 u. A. meinen, dieser Ansicht stehe die l. 1. §. 5. uti possidetis entgegen:

„*Perpetuo* autem huic interdicto insunt haec: quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides“,

so ist dies schwerlich zutreffend, denn der Sinn dieses Ausspruchs ist doch gewiß nur der, daß die exceptio vitiosae possessionis nicht erst auf besondres Ansuchen in die Formel inserirt wird, sondern vielmehr die Worte: quod nec vi rel. einen feststehenden Bestandtheil der im Edikt proponirten Interdiktsformel bilden (vgl. *Gai.* IV. 118: Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat). — Daß übrigens diese praescriptio annalis auch bei dem interd. Utrubi Platz greift, kann namentlich nach der im Justinianischen Rechte ausgesprochenen völligen Gleichstellung der beiden interdicta retin. poss. wohl kaum zweifelhaft sein. —

Die hier entwickelte Ansicht — deren Grundzüge schon von manchen Aelteren aufgestellt sind, vgl. z. B. *Voet* lib. XLIII. tit. 17. §. 3, Westphal §. 215 fgg. bes. §. 236, *Hofacker,* princ. jur. civ. §. 4069. u. A. m. — war seit dem Anfang dieses Jahrhunderts fast so gänzlich verdrängt worden, daß ich noch zur Zeit der ersten Auflage dieses Lehrbuchs (1839) nur wenige Zeitgenossen als Vertheidiger derselben nennen konnte, nämlich Duroi und Wiederhold a. d. aa. OO. und Mühlenbruch, Lehrbuch §. 239. Seitdem aber hat sich die Zahl der Anhänger derselben so sehr vergrößert, daß man schon jetzt die Savigny'sche Theorie von der Deliktsnatur der interdicta retin. poss. ganz und gar nicht mehr als die vorherrschende betrachten kann, vgl. z. B. Pfeifer. Puchta, Keller, Bruns, Zielonacki citt. und s. auch Boecking, Institut. I. S. 519. Note 30, Christiansen, S. 419 fgg. (§. 49), Burchardi, Lehrb. II. §. 154, Sintenis, prakt. Zivilrecht I. §. 46. S. 466 fgg., Arndts, Lehrbuch §. 171. und 172. u. A. m. Allerdings herrscht im Einzelnen keine volle Uebereinstimmung, wie z. B. in Betreff der Frage, ob auch der nichtbesitzende Kläger mit dem Interdikt siegen könne (was z. B. Sintenis a. a. O. Note 19. und Zielonacki S. 276 fgg. leugnen), ferner, wie es sich in Betreff des Schadensersatzes und der Verjährung verhalte u. dgl. m. Aber auch in diesen Einzelheiten habe ich nach sorgfältiger Prüfung meine frühere Darstellung unverändert lassen müssen, und nur in einem Punkte verhält sich dies anders. Ich behauptete nämlich früher, daß das Interdikt nur gegen denjenigen angestellt werden könne, welcher selbst auch Besitzer sein wolle. Dies halte ich jetzt für zu eng. Daß gerade dieser Fall dem Edikte zu Grunde lag, ist wohl gewiß („uti *possidetis*“), so wie er auch meistens von den römischen Juristen vorausgesetzt wird; aber auf der andren Seite ist doch nicht zu leugnen, daß auch dann eine *controversia de possessione* vorliegt, wenn Jemand nur unsren Besitz ganz oder theilweise bestreitet, sollte er selbst auch gar nicht Besitzer sein wollen, ähnlich, wie ja auch nach l. 9. de R. V. eine controversia de proprietate nicht blos demjenigen gegenüber vorhanden ist, welcher selbst den animus domini hat, sondern auch dem blosen Detentor gegenüber; und daß dieses wirklich die Ansicht des römischen Rechts ist, geht aus mehrfachen Zeugnissen hervor, vgl. l. 3. §. 2—4. h. t., l. 8. §. 5. fin. vi serv. vindic. (8, 5), l. 52. §. 1. de adqu. poss. (41, 2), l. 14. de injur. (47, 10), s. auch Bruns a. a. O. S. 48, Arndts, Lehrbuch §. 171. Anm. 2.

III. Ob und in wiefern diese Interdikte auch über den Eigenthumsbesitz hinaus, namentlich auf die juris possessio ausgedehnt seien, ist an andren betreffenden Orten darzustellen; vgl. §. 355.

Anm. 2. Ueber das s. g. possessorium ordinarium und das Verhältniß desselben zum interd. uti possidetis s. jetzt bes. Bruns in Bekker's Jahrb. IV. 1, und über das dem römischen Rechte ganz fremde s. g. possessorium summarium oder das s. g. summariissimum vgl. Savigny §. 51. und bes. Bruns, Besitz S. 232 fgg., S. 261 fgg., S. 375 fgg., S. 397 fgg., S. 419 fgg. und über das heutige Verfahren bei possessorischen Prozessen überhaupt vgl. Bayer, Theorie der summarischen Prozesse §. 62 fgg.

IV. Vom Verlust des Eigenthums. §. 337.

Westphal §. 887 fgg. S. 681 fgg., Gesterding §. 58 fgg. S. 400 fgg., Schmid §. 18 fgg. S. 384 fgg., Pagenstecher II. S. 356 fgg.

Zweites Kapitel.

Von den Servituten.

Jo. d'Avezan., servitutum liber, in Meerm. thes. tom. IV. p. 119 sqq., *Westphal*, de libertat. et servit. praedior. Lips. 1773, Glück IX. S. 1 fgg., X. S. 1 fgg., *Stever*, de servitutibus praediorum. Rost. 1817, und unverändert abgedruckt 1820, Luden, die Lehre von den Servituten. Gotha 1837, Hoffmann, die Lehre von den Servituten nach röm. Rechte. Bd. I. Darmstadt 1838, Bd. II. 1843, Zielonacki, kritische (?) Erörterungen über die Servitutenlehre nach röm. Rechte. Breslau 1849, *Molitor*, la possession . . . et les servitudes en droit Romain. Gand. 1851. p. 291 sqq., Elvers, die römische Servitutenlehre. Marburg 1854—56, Heimbach in Weiske's Rechtslexikon X. S. 145 fgg. Vgl. auch Barbo, die Theorie der Servituten des französ. Rechts unter stetem Hinblick auf röm. Recht. Karlsruhe 1853.

I. Von der rechtlichen Natur der Servituten.

A. Begriff und allgemeine Prinzipien. §. 338.

Ordolff, de servitutum indole et principiis communibus Erlang. 1844.

1) *Pompon.* l 15. §. 1. de servit. (8, 1): *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis*, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, *sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.*

2) *Paul.* l. 27. de servit. praed. urb. (8, 2): In re communi nemo dominorum jure servitutis neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere, quominus alter faciat; *nulli enim res sua servit.*

3) *Idem* l. 1. de usu et usufr. leg. (33, 2): Nec usus nec ususfructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia *servitus servitutis esse non potest.* — 4) *Ulp.* l. 15. fin. de usufr. (7, 1): Proprietatis dominus ne quidem consentiente usufructuario servitutem imponere potest (*Paul.* l. 16. eod.) nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollere.

5) *Pompon.* l. 15. pr. de servit.: Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet, veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas; et ideo si mihi concedas, jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur, aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia. — 6) *Labeo* l. 19. eod.: Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quaedam enim [debere] habere possumus, etiamsi nobis utilia non sunt.

Anm. 1. Ueber den Begriff von Servitut und die scharfe Unterscheidung derselben von andern **jura in re aliena** ist namentlich auch in neuerer Zeit vielfach verhandelt worden, vgl. z. B. außer den Lehrbüchern (von denen fast jedes eine andre, nicht blos im Wortausdruck verschiedene Definition enthält) noch Glück IX. S. 3 fgg., *Stever* l. c. cap. I., Löhr in seinem Magazin III. S. 486 fgg., Duroi im ziv. Archiv VI. S. 278 fgg., Puchta im Rhein. Mus. I. S. 305 fgg., Buchholtz, Versuche No. 14, Guyet, Abhandl. aus dem Gebiete des Zivilr. S. 5 fgg., Büchel, zivilr. Erörtr. Bd. I. No. 3. S. 6 fgg., 2. Aufl. S. 287 fgg., S. 420 fgg., S. 439 fgg., Luden a. a. O. S. 10 fgg., Hoffmann a. a. O. S. 1 fgg., Zielonacki a. a. O. S. 1 fgg., Elvers S. 29 fgg., Kuntze in der Heidelb. krit. Zeitschrift II. S. 238 fgg., Wirth, die **libertatis usucapio**. Erl. 1854. S. 39 fgg., Ders., Beiträge zur Systematik des röm. Zivilrechts. Erl. 1856. S. 61 fgg., Windscheid, Lehrbuch §. 200. Manche glauben sogar, es sei unmöglich, einen strengen Begriff von Servitut aufzustellen, vgl. z. B. Thibaut, System §. 749. Note m. und Buchholtz a. a. O., welcher nur negativ den Begriff dahin stellt, daß es diejenigen **jura in re aliena** seien, welche sich nicht als Pfandrecht, Emphyteuse oder Superfizies herausstellen, und ähnlich ist auch die Ansicht von Guyet a. a. O. S. 5. Note, wornach zwischen den Servituten und den andern **jura in**

re aliena „lediglich" ein historischer Unterschied angenommen werden könne, indem die Servituten schon in den 12 Tafeln vorkämen, während die Superfizies prätorischen, die Emphyteusis aber kaiserlichen Ursprungs sei. — Es ist aber die Servitut das zum ausschließlichen Vortheil einer bestimmten Person oder eines bestimmten Grundstücks bestellte dingliche Recht, vermöge dessen dem Berechtigten einzelne beliebige Gebrauchsrechte an einer fremden Sache zustehen. Hiernach ist die Servitut im Gegensatz zu den übrigen jura in re aliena durch zwei wesentliche Merkmale ausgezeichnet:

1) Während sich die übrigen jura in re aliena durch ihren festbegrenzten Inhalt charakterisiren, so daß schon aus den Namen: Superfizies, Emphyteusis, Pfandrecht, der Sachverständige erkennt, welche Befugnisse dem Berechtigten zustehen, so ist dieses bei der Servitut ganz und gar nicht der Fall, indem hier die verschiedenartigsten Befugnisse als Servituten bestellt werden können, und demnach erst in jedem konkreten Falle der Inhalt der einzelnen Servitut besonders bestimmt werden muß, (daher in der obigen Begriffsbestimmung der Ausdruck: beliebige Gebrauchsrechte); vgl. auch l. 7. comm. praed. (8, 1):

> *Paul.* „In tradendis unis aedibus ab eo, qui binas habet, species servitutis exprimenda est, ne, si generaliter: *servire* dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum sit, quae servitus excepta sit, aut omnis servitus imponi debeat".

Uebrigens laufen doch alle Servitutenrechte, so verschiedenartig sie im Einzelnen sein mögen, darauf hinaus, daß dem Berechtigten irgend eine Gebrauchs-Befugniß an der dienenden Sache zusteht, und solche Befugnisse, welche gar keinen usus enthalten (z. B. Verkaufsrecht) können nicht als Servituten bestellt werden.

2) Ein zweites spezifisches Merkmal der Servituten besteht, wie vorzüglich Löhr a. a. O. hervorgehoben hat, darin, daß die Servitut nur zum Vortheil einer bestimmten Person oder eines bestimmten Grundstücks konstituirt wird, daß sie also, wenigstens dem Rechte nach, unübertragbar ist, und wenn Buchholtz dagegen einwendet, daß es doch auch Fälle gebe, in denen eine Servitut übertragen werden könne, wie namentlich, wenn dieselbe zum Pfande bestellt sei, so soll an einem andern Orte die völlige Unhaltbarkeit dieses Einwands nachgewiesen werden (vgl. unten §. 367. Anm.), und eben so unhaltbar ist auch die von Manchen, z. B. von Dernburg und Elvers, vertheidigte Meinung, daß doch wenigstens der Nießbrauch auch dem Rechte nach übertragen werden könne, s. dagegen §. 344. Anm. 3.

Andre halten es für ein essentielles, nothwendig in die Definition aufzunehmendes Merkmal, daß dabei die Verbindlichkeit des Eigenthümers der dienenden Sache nur in einem non facere oder einem pati bestehe, aber es ist in der folg. Anm. nachzuweisen, daß dieser, allerdings wahre, Satz allen jura in re aliena gemeinschaftlich, und schon in den Worten: „die Servitut sei ein dingliches Recht" enthalten ist. Endlich halten es Manche für etwas Charakteristisches bei der Servitut, daß dieselbe „bestimmte, aus dem Umfang des Eigenthums wirklich abgelöste, und dem Servitutberechtigten eigenthümlich und selbstständig, d. h. dem Rechte nach so, wie sie im Eigenthum enthalten waren,

jedoch in Folge der Ausscheidung dem Servitutberechtigten als eignes und unabhängig vom Eigenthümer zustehendes Recht, eingeräumte Befugnisse enthalte, so daß, soweit die Befugnisse reichen, dem Rechte nach weniger im Eigenthum sei, die Servitut also auf der einen Seite eine wirkliche deminutio dominii, auf der andern, wenigstens so weit von Prädial-Servituten die Rede sei, ein augmentum dominii bilde", Büchel a. a. O. S. 8 fgg., vgl. Luden a. a. O., wornach die Servitut „die Verminderung der Eigenthumsrechte an einer Sache zum Vortheil eines Andern" ist, und auf die Spitze ist diese Ansicht von Duroi a. a. O. getrieben, welcher der servitus den Charakter eines selbstständigen, vom Eigenthum verschiedenen dinglichen Rechts ganz abspricht, indem sie vielmehr nur der Gegenstand, das Objekt eines Rechts, nämlich des Eigenthumsrechts sei, welches sowohl bei körperlichen Sachen, z. B. einem fundus, einem homo und dgl., als auch bei unkörperlichen, nämlich gerade bei der Servitut, vorkomme. Die s. g. actio confessoria sei also nichts als die Eigenthumsklage, die sich nur dem Objekte nach von der gewöhnlichen rei vindicatio unterscheide, denn während man bei der letztern den fundus, homo u. dgl. vindizire, vindizire man bei der ersteren den Usufruktus oder die Realservitut. Daß diese Ansicht von Duroi irrig ist, bedarf nach den trefflichen Bemerkungen Puchta's a. a. O. S. 300 fgg. S. 305 fgg. keiner weiteren Ausführung, und es wird genug sein, anzuführen, daß die Römer selbst die Servitut als ein Recht definiren, l. 1. de usufr. („Ususfructus est *jus* alienis rebus utendi fuendi salva rerum substantia"); l. 2. eod. („Est enim ususfructus *jus* in corpore"), ein Recht aber, welches kein Recht, sondern der Gegenstand eines Rechts sein soll, ein logisches und juristisches Unding ist; daß die Römer von einem Erlöschen der Servitut sprechen, während sie doch nach Duroi nur von einem Erlöschen des Eigenthumsrechts an der Servitut hätten reden dürfen, und daß die Servitut zwar allerdings zu den res incorporales gezählt wird — was Duroi als wichtiges Argument für seine Theorie ansieht —, aber nur in demselben Sinne, wie das Erbrecht und die obligatio, die in denselben Gesetzen ebenfalls dahin gezählt werden, so daß also Duroi, wenn er konsequent sein will, auch die Obligatio nicht als eignes Recht, sondern nur als Gegenstand eines Rechts ansehen müßte! Aber auch die andre vorher angedeutete Ansicht, welcher auch Puchta nicht fremd ist („die Servitus ist ein innerlicher Bestandtheil des Eigenthums, der hier davon getrennt ist", Puchta a. a. O. S. 308), daß nämlich die Servitut stets eine einzelne, aus dem ganzen Komplex der Eigenthumsrechte abgelöste Eigenthums-Befugniß enthalte, so daß das Eigenthum des Andern dadurch intensiv vermindert werde, auch diese Ansicht, sage ich, ist gewiß nicht für alle Arten von Servituten zu billigen. Die hauptsächlich dafür angeführten Argumente, daß bei Servituten eine *quasi-possessio* angenommen werde, daß dabei eine *juris vindicatio* Platz greife, und im früheren Rechte auch eine *in jure cessio* dabei vorgekommen sei, sind gewiß nicht beweisend, indem daraus nur hervorgeht, was auch Niemand leugnet, daß die Servitut ein selbstständiges dingliches Recht mit einer selbstständigen dinglichen Klage ist. Das Wahre an der Sache ist vielmehr, daß das, was jener Ansicht nach für alle Servituten gelten soll, nur für eine Art derselben, nämlich für die *servitutes praediorum urbanorum* richtig ist, und es

wird sich im Verlauf dieses Kapitels nachweisen lassen, daß aus dieser Eigenthümlichkeit der servitus urbana sich wichtige in den Quellen begründete Unterschiede dieser Servituten von den servitutes rusticae ergeben. Während es also für die servitutes praediorum urbanorum allerdings gegründet ist, daß sie einzelne von dem Eigenthumsrechte wirklich (d. h. dem Rechte nach) abgelöste Eigenthums-Befugnisse enthalten — was denn auch für diese Art von Servituten, aber auch nur für diese, namentlich in den Quellen ausgesprochen wird, l. 5. §. 9. de op. nov. nunc. (39, 1):

> „Et belle S. Pedius definiit, triplicem esse causam operis novi nuntiationis, aut naturalem, aut publicam, aut impositiciam; — — — impositiciam, quum quis, *posteaquam jus suum deminuit, alterius auxit,* hoc est posteaquam servitutem *aedibus* suis imposuit, contra servitutem fecit" —;

so ist dies doch für alle übrigen Arten von Servituten gewiß irrig, und bei diesen muß man vielmehr sagen, daß die dem Servitut-Berechtigten eingeräumten Eigenthums-Befugnisse nicht sowohl von dem Eigenthume wirklich abgelöst seien, als vielmehr nur deren Ausübung demselben als selbstständiges dingliches Recht gestattet sei. Es wird also nicht eine eigentliche Verminderung der Eigenthumsrechte, sondern nur eine Beschränkung des Eigenthums herbeigeführt; das Eigenthum wird also nicht intensiv kleiner, sondern es wird gleichsam, so weit die Befugnisse des Servitut-Berechtigten gehn, zu einem dominium quiescens, und deßhalb wurden auch in der obigen Definition die allgemeinen Worte gebraucht: „vermöge dessen dem Berechtigten einzelne beliebige Gebrauchsrechte an einer fremden Sache zustehen", denn dieselben umfassen sowohl den Fall, wo diese Befugnisse wirklich vom Eigenthumsrechte abgelöst sind (servitutes praed. urb.), als auch den andern, wo der Berechtigte dieselben nur auszuüben hat. — Diese, bereits in der ersten Aufl. dieses Lehrb. vertheidigte Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten der Servituten, hat freilich vielfältigen entschiedenen Widerspruch hervorgerufen, vgl. Büchel 2. Aufl. S. 420 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. §. 57. Not. 2, *Ordolff* p. 21 sqq., Scheurl in der gesch. Zeitschr. XII. S. 237 fgg., Arndts in der Gieß. Zeitschr. N. F. III. S. 250 fgg., Bachofen, Pfandr. I. S. 97 fgg., Zielonacki a. a. O. S. 18 fgg., Elvers S. 50 fgg., *F. Muther* comm. in fr. 6. commun. praed. Erl. 1858. p. 58 sqq., aber dennoch muß ich noch fortdauernd dieselbe als wohlbegründet ansehen. Wenn Manche die Unterscheidung schon durch die Behauptung zu widerlegen meinen, „daß die Gegeneinanderstellung der Begriffe: beschränken und vermindern, zu unsicher sei, indem auch das erste immer auf das zweite hinauslaufen werde", vgl. z. B. Sintenis a. a. O., Arndts cit. S. 255: so ist dieses gewiß unhaltbar. Der Gegensatz zwischen wirklicher Verminderung und bloser Beschränkung des Eigenthums hat nämlich den einfachen, scharf begrenzten Sinn, daß im erstren Falle eine Eigenthums-Befugniß so gänzlich aus dem Komplex der Eigenthumsrechte ausgeschieden erscheint, daß, um sie wieder damit zu vereinigen, ein neuer Erwerb von Seiten des Eigenthümers erforderlich ist; während im Falle einer blosen Beschränkung mit dem Wegfallen der Schranke von selbst das bisher beschränkte Eigenthumsrecht wieder in seiner

vollen Unbeschränktheit vorhanden ist. Nun zeigt sich aber gerade bei **servitutes urbanae**, und nur bei diesen, die Eigenthümlichkeit, daß wirklich zum Zweck der Konsolidation ein neuer Erwerb von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache erforderlich ist, denn hier genügt nicht, wie bei den übrigen Servituten, bloser **non usus**, sondern es ist eine *usucapio libertatis*, also eine erwerbende Verjährung nöthig (§. 357), und wenn durch ein Rechtsgeschäft die Konsolidation herbeigeführt werden soll, so trägt dieses den Charakter eines konstitutiven an sich, indem z. B. die **servitus altius non tollendi** durch Begründung des **jus altius tollendi**, die **servitus ne luminibus officiatur** durch Begründung des **jus luminibus officiendi** aufgehoben wird (§. 342. Anm. 3). Sollen diese Eigenheiten nicht als unerklärliche Singularitäten erscheinen, so bleibt gewiß nichts übrig, als die Unterscheidung zwischen wirklicher Verminderung und bloser Beschränkung anzunehmen, denn die Ansicht Büchel's a. a. O. S. 423, jene Eigenheiten erklärten sich vielmehr daraus, „daß die **servitus urbana** nicht blos eine Ablösung bestimmter intellektueller Eigenthums-Befugnisse enthalte, sondern zugleich mit dieser Ablösung das Recht gebe auf eine Schmälerung des physischen oder körperlichen Umfangs des Eigenthums der dienenden Sache", kann doch gewiß nicht gebilligt werden. Darnach müßte man z. B. bei der **servitus altius non tollendi** annehmen, daß der Luftraum über dem dienenden Hause mit dem Eigenthum des Nachbars inkorporirt werde, bei der **servitus oneris ferendi**, daß das Stück Mauer, auf welchem das herrschende Haus ruht, mit dem Eigenthum dieses Hauses vereinigt werde u. dgl. m.! Und wenn man wirklich annehmen könnte, daß ein Stück des *corpus* durch eine **servitus urbana** abgelöſ't, und auf den Nachbar übertragen würde: wie könnte dann noch von einer Servitut, von einem **jus in re** *aliena* die Rede sein? Offenbar geht auch durch eine **servitus urbana** von dem **corpus** der dienenden Sache nichts in das Recht des Servitutberechtigten über, sondern es wird dadurch nur ein intellektueller Eigenthums-Bestandtheil abgelöſ't, und eben deßhalb bleibt auch eine **servitus urbana** immer ein **jus in re aliena**. Dabei versteht sich nur von selbst, daß nicht gerade das Recht, welches durch Bestellung der Servitut von dem Eigenthum abgetrennt wird, auf den Servitutberechtigten übergeht, und so ist es z. B. ungeachtet des Widerspruchs von *Muther* cit. p. 62 sqq. von selbst klar, daß der Eigenthümer durch Bestellung der **servitus altius non tollendi**, das **jus altius tollendi** verliert, ohne daß dieses doch auf den Servitutberechtigten überginge, indem dieser vielmehr nur ein **jus prohibendi** erhält u. dgl., vgl. auch Scheurl a. a. O.: jedoch bedarf es keiner besondren Ausführung, daß dieses unsrer Ansicht über die Eigenthümlichkeit der **servitus urbana** nicht im Mindesten entgegensteht. Wie aber diese Eigenthümlichkeit mit dem Begriff der **servitutes urbanae** zusammenhängt, ist in der Anm. zum folgenden §en nachzuweisen.

Die neue Begriffsbestimmung, welche Elvers S. 29 fgg. aufstellt: die Servitut sei eine rechtliche Herrschaft an einer einzelnen als selbständigen Sache fingirten Eigenschaft einer fremden körperlichen Sache, ist augenscheinlich so verkünstelt, daß man sich nicht wundern kann, daß dieselbe bei keinem Späteren Beifall gefunden hat, vgl. z. B. Kuntze in Heidelb. krit. Zeitschr. II. S. 232 fgg., Wirth, die **libert. usuc.** S. 41 fg., Böcking, Pand. §. 159. Not. 7.,

Arndts, Lehrb. §. 175. Anm. 3, Keller, Vorles. §. 163, *Muther* cit. p. 67 u. A. m.

Anm. 2. Die wichtigsten allgemeinen Prinzipien, die übrigens größten Theils nur als konsequente Folgerungen aus dem in der vorigen Anm. angedeuteten Begriff erscheinen, sind folgende:

1) *Servitus in faciendo consistere nequit.* Diese Regel ist so deutlich in den Gesetzen anerkannt, vgl. T. 1. und wohl auch l. 6. §. 2, l. 8. pr. §. 2. si servit. vindic. (8, 5), daß jeder Versuch, ihr den Charakter der Allgemeinheit abzusprechen (vgl. z. B. unter den neuern Juristen Goldschmidt im ziv. Arch. I. S. 386 fgg., Hufeland, Geist des röm. Rechts Th. II. Abh. 2. S. 98 fgg., *Abegg*, de servitutibus in faciendo ex jure Rom. Regiom. 1827) von vorne herein als verfehlt betrachtet werden muß, und eben so wenig wird man wohl der ganz unwissenschaftlichen, früher freilich sehr verbreiteten Ansicht (eine zahlreiche Literatur s. bei Duncker, die Lehre von den Reallasten. Marburg 1837. S. 12 fgg.) beistimmen wollen, jener Satz sei eine blose Subtilität des römischen Rechts, um die sich die deutsche Rechtspraxis nicht zu bekümmern habe. Wie man in Folge dieser verkehrten Ansicht die Bannrechte und Reallasten sehr allgemein als servitutes in faciendo ansah, und wohl gar rühmte, wie hier das deutsche Recht konsequent das auf halbem Wege stehen gebliebene römische fortgebildet habe, ist bekannt genug. Daß aber jener Satz wirklich keine leere Subtilität sei, sondern mit Konsequenz aus der Natur der Servitut hervorgehe, so daß wir, wenn wir nur den römischen Begriff von Servitut voraussetzten, von selbst zu demselben kommen müßten, wenn er auch in den Quellen gar nicht ausgesprochen wäre, wird h. z. T. auch, freilich im Einzelnen auf sehr verschiedene Weise, immer mehr anerkannt, vgl. z. B. Thibaut, Versuche I. No. 2, Zachariä in Hugo's Magaz. II. Nro. 15. S. 329 fgg. (4. Aufl.), *Stever* l. c. cap. 2. §. 6, Guyet, Abh. aus dem Geb. des Civilr. Nro. 1, Seuffert, Erörtr. II. S. 37 fgg., Büchel, zivil. Erörtr. Bd. I. No. 3. S. 3 fgg. 2. Aufl. S. 285 fgg., Duncker a. a. O. S. 18 fgg., Luden a. a. O. S. 15 fgg., Hoffmann a. a. O. S. 8 fgg, *Ordolff* cit. p. 8. 16, Sintenis I. S. 544. Not. 4, Zielonacki a. a. O. S. 46 fgg., Elvers S. 52 fgg., obgleich freilich noch Schrader, zivil. Abhandl. S. 280 fgg. ihn zu den auffallenden Sätzen des röm. Rechts zählt (vgl. den Titel der Schrader'schen Abhandlung und ihn aus Zufälligkeiten (— die patria und dominica potestas und das Patronatsrecht über Freigelassene und Klienten hätten kein dringendes Bedürfniß solcher servitutes in faciendo aufkommen lassen —) und besonders daraus erklärt, daß derselbe für das alte römische Freiheitsgefühl etwas Empörendes gehabt habe. Größere Beachtung verdienen jedenfalls die Versuche von Thibaut und Zachariä an den angeff. Orten, deren Einem oder Andrem sich die meisten der vorher zitt. Schriftsteller angeschlossen haben, jenen Satz als einen im römischen Rechtssystem nothwendig begründeten darzustellen, obwohl man im Resultate wohl keinem dieser beiden Schriftsteller beistimmen kann. Denn, wenn Thibaut diese Regel aus dem bekannten Prinzip ableiten will, daß man durch Vertrag nur sich und seine Universal-Successoren, aber keinen Dritten und namentlich auch nicht seine Singular-Successoren zu positiven Handlungen verpflichten könne, so

44*

beweist er damit auf der einen Seite zu viel, denn wenn man überhaupt die Vertrags-Theorie hierherziehen dürfte, so müßte man mit demselben Rechte auch die servitutes in non faciendo für unstatthaft erklären, denn durch einen Vertrag kann ein dritter Nichtpaziscent und also namentlich ein Singular-Successor nicht nur zu keinen positiven Handlungen, sondern überhaupt gar nicht und also auch nicht zu einem pati oder non facere verpflichtet werden; und auf der andern Seite beweist Thibaut zu wenig, denn für testamentarische, richterliche, gesetzliche oder durch Verjährung begründete Servituten paßt doch seine Argumentation offenbar nicht. Gewiß aber ist der ganze von Thibaut hierher gezogene Grundsatz von den Wirkungen der Verträge für unsre Frage völlig irrelevant, da ja Servituten in der früheren Zeit gewiß nicht, und nach der wohl richtigern und auch von Thibaut gebilligten Theorie auch im Justinianischen Rechte nicht durch Vertrag entstehen können, sondern der Vertrag nur eine — den Singular-Successor allerdings nicht verpflichtende — obligatio ad servitutem constituendam herbeiführt, die wirkliche Begründung der Servitut aber durch einen andern Akt, ehemals mancipatio oder in jure cessio, h. z. T. quasi traditio, geschieht. So wenig man nach dem Bisherigen Thibaut's Argumentation eine „völlig schlagende“ nennen kann, wie dies z. B. von Guyet a. a. O. S. 2. geg. E. geschieht, so wenig kann auch wohl die von Zachariä a. a. O. versuchte Begründung unsers Satzes gebilligt werden. Er leitet nämlich denselben, wie überhaupt die ganze Theorie der Realservituten, aus dem Satze her, daß die Realservitut ein Recht sei, welches einem Grundstück an einem andern Grundstücke zustehe; denn hätte man eine servitus in faciendo anerkannt, so wäre nicht das Grundstück, sondern der Eigenthümer des Grundstücks dienstbar gewesen. Aber muß man denn nicht, um den Begriff einer servitus in *patiendo* oder in *non faciendo* zu konstruiren, ebenfalls den Eigenthümer des dienenden Grundstücks zu Hilfe nehmen? denn das Grundstück selbst kann doch offenbar nicht pati, und eben so wenig im juristischen Sinne des Worts non facere. Wenn man nun hierbei sagen muß, daß der Eigenthümer, gleichsam als Repräsentant des Grundstücks, die Verbindlichkeiten desselben auf sich nehmen muß, so hätte man ja wohl denkbarer Weise auch ein Realservitut, quae in faciendo consistit, statuiren können. — Das Richtigste ist gewiß, daß in dem Satze: servitus in fac. cons. nequit nicht eine Eigenthümlichkeit der Servituten ausgesprochen, sondern daß darin nur ein allgemeines, für alle dinglichen Rechte ohne Ausnahme giltiges Prinzip auf die Servituten angewendet wird. Die Begründung dieser Ansicht liegt in der oben S. 167 fgg. gegebenen Erörterung über den Begriff des dinglichen Rechts, denn darnach kann der unmittelbare Inhalt eines dinglichen Rechts niemals darin bestehen, daß ein Andrer uns etwas leiste — worin vielmehr gerade das Charakteristische der obligatio liegt —, sondern stets nur darin, daß wir selbst etwas zu thun befugt sind. Allerdings zwar korrespondirt auch dem dinglichen Rechte eine Verbindlichkeit Dritter, aber immer nur als die Folge unsres Rechts, nicht als der Inhalt desselben, und eben darum nicht einem Einzelnen, sondern Allen obliegend; oder mit andern Worten, die dem dinglichen Rechte korrespondirende Verbindlichkeit gehört zur Ausübung unsres Rechts, nicht zum Rechte selbst, während gerade

das Wesen des Obligationen-Rechts darin besteht, daß ein Andrer uns verbindlich ist. Daß mit dieser Wesenheit des dinglichen Rechts es absolut unverträglich wäre, wenn der Inhalt eines solchen in der Verbindlichkeit eines Dritten zur Vornahme positiver Handlungen bestände, versteht sich ganz von selbst, und eine **actio in rem**, deren **intentio** darauf gerichtet wäre, **adversarium dare facere oportere**, wäre jedenfalls ein juristisches Unding. — Für **jura in re aliena** und also namentlich für Servituten, läßt sich aber auch leicht noch ein besondrer Beweis führen, wenn man nur anerkennt, einmal, daß das gemeinschaftliche Wesen aller **jura in re aliena** darin besteht, daß sie Beschränkungen des Eigenthums enthalten, und zweitens, daß in dem Eigenthum denkbarer Weise nur zwei Klassen von Rechten vorkommen können, nämlich selbst etwas zu thun, und Andern etwas zu verbieten. Die erste Voraussetzung ist meines Wissens noch von Niemand geleugnet und bedarf hier keines Beweises. Das Zweite ist aber allerdings schon in Abrede gestellt worden, und namentlich statuirt *Abegg* in der oben angef. diss. p. 14. auch noch ein drittes Recht des Eigenthümers, nämlich ein jus *non faciendi*. Nun ist es freilich unverkennbar, daß der Eigenthümer auch zum Nichtthun berechtigt ist; er ist befugt, nicht in seinem Hause zu wohnen, das Obst in seinem Garten nicht abzubrechen u. dgl., er ist ferner auch befugt, sein schadhaftes Haus nicht auszubessern, seine zusammengestürzte Mauer nicht wieder aufzurichten, die Wege in seinem Garten nicht gangbar zu erhalten u. dgl. m. Aber sind denn diese Befugnisse Ausflüsse des Eigenthumsrechts? In den Fällen der erstren Art wird dies wohl Niemand behaupten wollen, denn diese gehen von selbst aus dem allgemeinen Verzichtrechte hervor; aber auch die zweitaufgeführten Fälle gehören eben so wenig hierher, indem der Eigenthümer zu dergleichen Unterlassungen nicht befugt ist, weil er Eigenthümer ist, sondern vielmehr, weil kein Andrer einen Rechtsanspruch auf dergleichen Handlungen hat: auch der Pachter, der Nießbraucher u. dgl. brauchen das zusammengestürzte Haus nicht wieder aufzurichten, aber wem wird es einfallen, dies als Ausfluß des Nießbrauchsrechts betrachten zu wollen? — Muß man nun unsre obigen beiden Voraussetzungen anerkennen, so versteht sich die Folge von selbst, daß sich ein **jus in re aliena**, und also auch eine Servitut, denkbarer Weise nur in der zweifachen Richtung herausstellen kann, daß der Eigenthümer etwas nicht thun darf (als Beschränkung seines Rechts, zu thun), und daß er etwas leiden muß (als Beschränkung seines Rechts, zu verbieten), und eine dritte Verbindlichkeit des Eigenthümers, etwas zu thun, kann sich also nie als Beschränkung des Eigenthums, sondern nur als Beschränkung des Eigenthümers erweisen, d. h. es kann nur Folge einer Obligatio sein, und es müssen also dabei auch nothwendig die eigenthümlichen Grundsätze dieser letzten, namentlich die Beschränkung auf die sich obligirt habende Person und deren Erben, eintreten. — Ueber die Eigenthümlichkeit der **servitus oneris ferendi**, welche bei dieser Kontroverse eine große Rolle gespielt hat, vgl. unten §. 342. Anm. 2.

2) *Nemini res propria potest servire* (T. 2), ein Satz, der sich von selbst daraus ergiebt, daß jede Servitut eine Eigenthums-Beschränkung ist, und der also auch bei allen übrigen **jura in re aliena** in ganz gleicher Weise gilt.

3) *Servitus servitutis esse non potest* l. 1. de usu et usufr. leg. (T. 3), vgl. l. 33. §. 1. de S. P. R. (8, 3). Am natürlichsten erklärt sich dieser Satz wohl aus dem in der vorigen Anm. hervorgehobenen charakteristischen Merkmal der Servituten, daß jede Servitut nur den ausschließlichen Vortheil des berechtigten Subjekts bezwecken soll, womit die Bestellung einer After-Servitut nicht vereinbar ist; denn eben so, wie in Folge jenes Prinzips die Servitut nicht ganz auf einen Andern übertragen werden kann, kann sie dies auch nicht zum Theil, s. auch Büchel a. a. O. S. 12 fgg., 2. Aufl. S. 293 fgg. S. 423 fgg. In unmittelbarem Zusammenhange mit dieser Regel steht auch das von Ulpian in l. 15. fin. de usufr. (T. 4) angeführte Dogma, daß der Proprietar nicht einmal mit Konsens des Usufruktuar, eine das Recht des Letztern affizirende Servitut bestellen könne. Zwar ist dieser Satz Vielen so unbegreiflich vorgekommen, daß sie denselben um jeden Preis aus den Quellen wegschaffen zu müssen glaubten, und zu diesem Zweck wurden die gewagtesten Konjekturalkritiken oder Interpretationen ersonnen, vgl. darüber Glück IX. S. 42 fgg., *Schulting,* Notae ad Dig. ad h. l., *Schnelle,* de probabili interpret. leg. 15. 16. 17. de usufr. Rost. 1825. p. 12 sqq., Elvers S. 258 fgg., Arndts, Lehrb. §. 179. Anm. 4, welche sämmtlich theils an der Auktorität der Mss. und der Basiliken XVI. 1. fr. 15, theils an dem Zusammenhang der l. 15. cit. mit l. 16. 17. eod. scheitern müssen; vgl. auch Glück und *Schnelle* a. d. aa. OO., Hepp in der Tüb. krit. Zeitschr. IV. S. 58 fgg., *Marezoll,* explicantur Ulp. et Pauli verba in fr. 15. §. ult. fr. 16. et 17. de usufr. Lips. 1839. Ich meines Theils kann diesen Satz nur für eine, allerdings etwas subtile, Konsequenz aus dem Prinzip: servitus servitutis non datur halten, denn da der Usufruktuar vermöge dieses Prinzips durchaus keine Servitut an dem in seinem Nießbrauch befindlichen Objekt bestellen kann, so darf er auch nicht durch seinen Konsens eine solche Bestellung von Seiten des Proprietar bekräftigen, s. auch Schol. ad Basil. cit. (in Zach. suppl. Basil. Heimb. p. 72. und in der gesch. Zeitschr. XIV. S. 131) und vgl. Zachariä a. a. O. §. 16. a. E. Zwar wendet man gegen diese Begründung ein, in einem solchen Falle werde ja die Servitut offenbar nicht an dem Nießbrauch, sondern an der Sache selbst konstituirt und man verstoße also durch die Gestattung einer solchen Servitut durchaus nicht gegen die obige Regel, Glück a. a. O. S. 52, vgl. auch die Note Hugo's zu Zachariä's Abh. a. a. O., *Stever* l. c. cap. VI. §. 16. und *Marezoll* cit. p. 9 sqq., aber bei diesem Einwande verkennt man doch wohl den wahren Sinn jener Regel, die meiner Ansicht nach etwa so zu paraphrasiren ist: „Befugnisse, die schon in der Sphäre einer vorhandenen Servitut liegen, können nicht Objekt einer neuen Servitut werden"; und so aufgefaßt wird die Konstituirung einer Servitut in dem obigen Falle allerdings gegen diese Regel verstoßen. — Wenn übrigens Schrader a. a. O. S. 321. behauptet, der Satz: servitus servitutis esse non potest sei durch späteres milderes Recht fast gänzlich aufgehoben, und sich dafür auf l. 33. §. 1. de S. P. R. (8, 3) beruft, so kann ich dem nicht beistimmen. Afrikan sagt hier: wenn Jemand eine servitus aquaeductus durch mehrere Grundstücke hin hat, so kann er ohne besondere Verabredung keinem der Herrn der dienenden Grundstücke und auch

keinem andern vicinus den haustus gestatten, „pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire, neque servitutis fructus constitui potest“. Diese letzten Worte scheint also Schrader so aufzufassen: „obwohl nach strengem Rechte dies eigentlich nicht geschehen dürfte, theils wegen des Satzes: nemini res propria potest servire, theils wegen des andern Satzes: servitus servitutis constitui nequit“. Der Gedanke des Juristen ist aber meiner Ansicht nach vielmehr der: „und einer solchen Gestattung widerstreiten auch nicht die beiden Prinzipien: nemini u. s. w., weil ja hier der haustus ex rivo nicht als dingliches Recht, also als Servitut, sondern nur als obligatorisches Recht durch pactum oder stipulatio konstituirt wird“. Daß unsre Regel nicht mehr gelte, liegt also in jenen Worten gewiß nicht — sonst müßte ja auch daraus gefolgert werden, daß man sich über die Regel: nemini res sua servit hinausgesetzt habe! — sondern nur, daß diese Regel in dem konkreten Falle nicht zur Anwendung komme, weil er gar nicht in die Sphäre derselben falle; vgl. auch Hoffmann I. S. 12 fgg. Wenn jetzt auch Schmidt in Bekker's Jahrb. III. S. 260 fg. Not. 27. behauptet, daß das neuere römische Recht das Prinzip „servitus servitutis esse non potest“ durchbrochen habe, so kann dies weder durch l. 1. pr. l. 5. §. 1. si ususfr. petat. (7, 6) — denn darin, daß der Usufruktuar eines praedium dominans die Servituten benutzen, und auch wegen ihrer die actio confessoria aus seinem Nießbrauchsrechte anstellen darf, kann doch gewiß keine servitus servitutis gefunden werden —, noch auch, und zwar noch viel weniger aus l. 4, l. 29. §. 2. quib. mod. ususfr. amitt. (7, 4), l. 29. de usu et usufr. leg. (33, 2) gerechtfertigt werden, denn darin, daß dann, wenn ein legirter Ususfruktus fideikommissarisch an einen Andern restituirt werden soll, nach prätorischem Rechte nicht der Legatar, sondern der Fideikommissar als der wahre Usufruktuar behandelt wird, liegt doch sicherlich nicht ein Ususfrukt an einen Usufrukt! Wenn auch Elvers S. 256 fg. einen Nießbrauch an einen Nießbrauch für möglich hält, so hängt dies mit der weitern irrigen Ansicht dieses Schriftstellers zusammen, daß der Nießbrauch im neuern Rechte überhaupt übertragbar geworden sei.

4) Die Servitut muß nothwendig dem berechtigten Subjekt — also nach Verschiedenheit der Servituten, der Person oder dem Prädium — einen Vortheil gewähren (T. 5), sollte dies auch nur ein Vergnügungs-Vortheil sein (s. auch unten §. 340. Anm.). Wie mit diesem Prinzip der Ausspruch des Labeo in l. 19. de serv. (T. 6.) vereinigt werden könne, ist auch noch h. z. T. gar sehr bestritten. Thibaut, zivil. Abh. Nro. 3. leitet daraus eine Ausnahme für den Fall einer reservirten Servitut ab, und ihm stimmt auch im Resultate *Gaedke*, an et quo sensu servitus non utilis fundo imponi possit. Rost. 1826. sect. III. pag. 20 sqq. bei, obwohl mit der Modifikation, daß doch auch in diesem Falle nur solche Servituten bestellt werden könnten, bei denen wenigstens ein künftiger Nutzen für das herrschende Grundstück denkbar sei. (Die Argumentation Beider ist freilich sehr verschieden. Thibaut deduzirt nämlich im Wesentlichen so: wenn ich meine Sache auf Jemanden übertrage, so hängt es von meinem Belieben ab, ob ich sie ihm ganz übertragen will, oder ob ich

mir etwas zurückbehalte, und es ist dabei jedenfalls irrelevant, ob das Zurückbehaltene mir nützlich ist oder nicht. Nun ist aber die Servitut nur ein intellektueller Theil des Eigenthums, und es muß also, wenn man sich eine Servitut reservirt, ganz dasselbe gelten, wie wenn ich z. B. von einem sechsbändigen Werke blos fünf Theile auf den andern übertrage, den sechsten mir ganz nutzlosen, aber zurückbehalte. — Gaedke hingegen geht von dem Satze aus: ein vorhandenes Recht geht nicht schon dann verloren, wenn Umstände eintreten, unter denen es nicht hätte entstehen können, sondern nur erst dann, wenn die Voraussetzungen des Erwerbs in contrarium umgekehrt sind [vgl. z. B. die Lehre vom Verlust des Besitzes]. So wahr es nun also auch sei, daß eine Servitut nicht anders konstituirt werden könne, als wenn ein Vortheil für den Konstituenten daraus erwachse, so gehe doch ein solches Servitutenrecht nicht schon durch das blose Nichtvorhandensein dieser utilitas, sondern nur erst durch eintretende Unmöglichkeit derselben verloren. Werde nun eine Servitut reservirt, so handele es sich nicht sowohl um Erwerb, als vielmehr um Verlust des fraglichen Rechts, da ja dasselbe auch schon vor Uebertragung der Sache bei dem Eigenthümer vorhanden gewesen sei, und daraus erkläre es sich konsequent, daß bei einer solchen Reservation nicht sowohl darauf gesehen werde, ob die reservirte Servitut dem Uebertragenden wirklich nützlich sei, als vielmehr nur darauf, ob eine utilitas wenigstens möglich sei). — Einen ganz andern Weg dagegen schlägt Hufeland, Handb. Th. II. Abh. 2. S. 88 fgg. ein. Er unterscheidet nämlich zwischen dem *interesse* und dem *utile;* das erstere sei der blos gedachte, also nur in der Vorstellung begründete, Vortheil, und ein solches Interesse müsse nach l. 15. cit. bei Konstituirung einer Servitut stets vorhanden sein, so daß also, wenn gar kein Nutzen denkbar sei, auch die Servitut nicht zur Existenz kommen könne: das letztre aber sei der wirkliche, den Werth des Grundstücks in der That erhöhende Nutzen, und eine solche Utilitas sei in Gemäßheit der l. 19 cit. zur Begründung einer Servitut nicht erforderlich, vgl. auch *Ordolff* cit. p. 32 sqq., welcher jedoch von Hufeland insofern abweicht, daß er das, was Hufeland für alle Servituten annimmt, auf reservirte Servituten beschränkt. — Goldschmidt endlich in v. Löhr's Magaz. III. S. 480 fgg. glaubt, daß zwar allerdings eine Servitut nicht in der Art vorkommen könne, daß der Eigenthümer sich nur eines Rechts entäußere, ohne daß dadurch ein Andrer irgend eine Befugniß erhalte (l. 15. cit.), daß jedoch dann, wenn wirklich eine solche Befugniß eingeräumt sei, es nicht darauf ankomme, ob sie auch einen Nutzen gewähre (l. 19. cit.). Vgl. überhaupt über die verschiedenen Ansichten *Gaedke* l. c. sect. II. pag. 10 sqq. — Die natürlichste Ansicht ist aber wohl die, wornach in der l. 19. cit. nur der gewiß richtige Satz: „daß es kein Hinderniß einer Prädialservitut sei, wenn auch ein einzelner Besitzer des herrschenden Grundstücks aus individuellen Gründen keinen Nutzen daraus ziehe", auf den Fall angewendet wird, wenn die errichtete Servitut gerade für den Konstituenten unnütz ist, und daraus erklärt es sich, weshalb der Jurist gerade der reservirten Servitut erwähnt, denn abgesehen von diesem Falle der Reservation möchte es wohl kaum vorkommen, daß sich Jemand eine ihm ganz unnütze Servitut errichten läßt; vgl. auch Zachariä a. a. O. §. 5. a. E., Glück IX. S. 13, v. Löhr

in seinem Magaz. III. S. 489 fgg., Dirksen, verm. Schriften I. S. 112 fgg., Puchta, Kurs. der Instit. II. §. 252. Not. h., Zielonacki S. 52 fgg., Elvers S. 139 fg., *Muther*, comm. in fr. 6. comm. praed. p. 30 sqq. (deren Darstellungen es jedoch meist unerklärt lassen, weshalb der Jurist gerade die reservirte Servitut hervorgehoben habe, weil sie nicht annehmen, daß der Jurist den oben bemerkten Satz gerade für den Fall habe anwenden wollen, wenn die Servitut dem ersten Inhaber keinen Nutzen gewähre).

B) Verschiedene Arten der Servituten.

Im Allgemeinen. §. 339.

Anm. Die bei Weitem wichtigste Eintheilung der Servituten ist die nach dem berechtigten Subjekt in servitutes *personales* (personarum servitutes, servitutes in personam constitutae, hominum servitutes) und *reales* (rerum s. praediorum servitutes, servitutes in rem constitutae, sehr häufig auch servitutes schlechthin).

I. Servitutes personales sind diejenigen, welche einer bestimmten physischen oder juristischen Person zustehen, und mit deren Tode von selbst erlöschen. Als die vorzüglichsten Spezies, und zwar namentlich als solche, welche niemals auch als Realservituten bestellt werden können, werden bekanntlich die vier aufgeführt: ususfructus, usus, habitatio und oporae servorum s. animalium. Daß dies aber nicht die einzig möglichen sind, sondern daß alle Befugnisse, die nach den in dem vorigen §en aufgestellten Grundsätzen überhaupt als Servituten bestellt werden können, auch als Personalservituten vorkommen können, und daß dies namentlich auch bei solchen Befugnissen der Fall ist, welche gewöhnlich als Realservituten konstituirt werden (servitus aquae haustus, pascendi, itineris u. dgl. m.), kann — ungeachtet des energischen Widerspruchs von vielen Aelteren, und unter den Neueren besonders von Cohnfeldt, die s. g. irregulären Servituten nach röm. Rechte. Leipzig 1862 — schon der Natur der Sache nach nicht bezweifelt werden, und ist auch in den Gesetzen anerkannt, l. 32. de usufr. (7, 1), l. 4. 6. pr., l. 37. de S. P. R. (8, 3), l. 6. de servit. leg. (33, 3), l. 14. §. 3. de aliment. leg. (34, 1). Hierauf gründete sich denn auch eine von den früheren Juristen sehr allgemein angenommene Eintheilung der Personalservituten in *regulares* und *irregulares*, indem man zu den letztern gerade die Personalservituten zählte, die gewöhnlicher als Realservituten bestellt werden. Die neuern Juristen pflegen aber, besonders auf die Auktorität v. Löhr's in sein. Magaz. III. S. 495 fgg. diese Eintheilung zu verwerfen, weil die Theorie der s. g. servitutes irregulares gar keine Eigenheit habe, indem eine solche Servitut, wenn sie als Personalservitut konstituirt werde, auch ganz nach den Prinzipien dieser letztern, und zwar namentlich als beschränkter usus oder ususfructus beurtheilt werden müsse. Doch aber nimmt Mühlenbruch im ziv. Arch. XV. S. 382 fgg., dem auch *Molitor* cit. p. 294 fgg. vollständig beistimmt, jene Eintheilung wieder in Schutz, indem er die schon in der Glosse ad l. 32. de usufr., ad l. 4. 6. de serv. praed. rust. angenommene Ansicht

zu vertheidigen sucht, daß bei Personalservituten, welche regelmäßig nur als Realservituten bestellt würden, doch noch immer ein Prädium vicinum erfordert werde, und er stützt sich dabei auf die vielbesprochene l. 14. §. 3. de alim. v. cibar. legat. *(Ulp.* lib. II. Fideic.):

„Quidam libertis suis ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat. Consulebar de fideicommisso, quum ea in regione Africae vel forte Aegypti res agi proponeretur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur; in eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel areae tuae ad frumenta caeteraque legumina exprimenda utendi, haec enim aqua personae relinquitur".

Mühlenbruch nimmt nämlich an, der ganze Passus von „nam et haustus — — exprimenda utendi" sei ein rein parenthetischer Satz, der dazu bestimmt sei, den in den vorhergehenden Worten angedeuteten Zweifelsgrund näher zu entwickeln, und der Inhalt desselben sei eben nur der, daß auch dann, wenn der aquae haustus oder andere Realservituten als servitutes personae konstituirt würden, doch immer ein praedium vicinum vorausgesetzt werde. Die letztern Worte „haec enim aqua personae relinquitur" schlössen sich dann unmittelbar an die früheren „nec videri inutile esse fideicommissum" rel. an, indem sie den Grund enthielten, weßhalb der da angedeutete und in der Parenthese näher ausgeführte Zweifelsgrund hier nicht passe, und ihr Sinn sei: es sei hier gar nicht von einer Servitut, sondern nur von einem persönlichen Forderungsrechte die Rede; vgl. auch Böcking, Pand. II. §. 161. Anh. 2. S. 221 fg. — So scharfsinnig auch diese Erklärung ist, und ein so großer Vorzug derselben es auch ist, daß wir dadurch aller, ohnedies unvermeidlichen, Textes-Veränderung überhoben würden, so kann ich derselben doch unmöglich beistimmen, und zwar aus folgenden Hauptgründen: a) der Gedanke, welchen Ulpian in der angeblichen Parenthese ausgesprochen hätte, ist so inkonsequent und unnatürlich, daß ich nicht glauben kann, er sei von den römischen Juristen gebilligt worden. Die bei Prädialservituten nöthige Vicinität der beiden Grundstücke ist nämlich nicht sowohl ein selbstständiges Requisit hierbei, als vielmehr eine blose Konsequenz des gerade für diese Art der Servituten charakteristischen Prinzips, daß der daraus erwachsende Nutzen für jeden Besitzer des herrschenden Grundstücks gleich möglich sein müsse (s. unten §. 340. Anm.). Bei Personalservituten fällt nothwendig dieses letztre Prinzip weg, und es würde also offenbar ganz ungehörig sein, doch die Vicinität zu verlangen, da dieselbe nur Sinn und Bedeutung in Folge jenes Prinzips hat. Wie wenig dies aber auch die Ansicht der römischen Juristen war, erhellt aus l. 6. pr. de S. P. R., denn wäre bei den s. g. servitutes irregulares wirklich ein praedium vicinum erforderlich gewesen, so hätte man nothwendig auch die damit zusammenhängende andre Beschränkung

der Realservituten, daß nämlich die Befugniß nicht über das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks hinausgehen dürfe, annehmen müssen, wovon das bestimmte Gegentheil aus l. 6. cit. hervorgeht. — b) Wenn in unserm Gesetze blos von einem Obligations-Anspruch auf freies Wasser, wie Mühlenbruch annimmt, die Rede wäre, so wäre der ganze von dem Rechte der Prädialservituten entlehnte Zweifel gegen die Giltigkeit eines solchen Fideikommisses wahrhaft lächerlich gewesen, und kaum begreiflich würde es sein, daß Ulpian einen solchen ganz ungehörigen Zweifelsgrund, den er kurzer Hand als absurd hätte abweisen müssen, noch in einem besondern parenthetischen Satze ziemlich weitläufig exponirt hätte. — c) Nach Mühlenbruch sollen die letzten Worte den Grund enthalten, weßhalb die angeführte ratio dubitandi in dem vorgelegten Falle nicht anwendbar sei, und zwar soll dieser Grund darin bestehen, daß hier ja keine Personalservitut, sondern nur ein obligatorischer Anspruch durch das Vermächtniß begründet werden solle. Nun gebe ich zwar zu, daß die Worte: „haec enim aqua personae relinquitur" wirklich auf ein solches Obligations-Verhältniß bezogen werden können, aber Niemand kann leugnen, daß sie grammatisch möglicher Weise auch auf eine Personal-Servitut anwendbar sind. Wie hätte aber Ulpian, dem es nach Mühlenbruch's Auslegung bei diesen Worten gerade darauf ankam, die Qualität einer Personal-Servitut in Abrede zu stellen, einen Ausdruck gebrauchen können, der gleich gut auf eine Personal-Servitut, wie auf ein bloses Obligations-Verhältniß bezogen werden konnte? Wäre die ratio decidendi wirklich die gewesen, daß hier eine blose Obligation, keine Servitut, in Frage stehe, so hätte Ulpian nothwendig eine andre Wendung gebrauchen müssen. — Nach dem hier Bemerkten kann ich nur der von den Meisten (vgl. Glück IX. S. 19 fgg. und die da Angeff., s. auch Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen Th. II. S. 83 fgg., Zachariä im civ. Arch. XXVII. S. 46 fgg., Elvers S. 198 fgg., Fuchs im prakt. Arch. IV. S. 313 fgg., Puchta, Lehrb. §. 180. Not. d., Arndts, Lehrb. §. 177. Anm. u. A. m.) vertheidigten Meinung beistimmen, daß in unserm Gesetze allerdings von einer durch Vermächtniß anbefohlenen Personal-Servitut die Rede sei, und der gegen die Zulässigkeit eines solchen Fideikommisses mögliche Einwand in den Worten: „nam et haustus" rel. widerlegt, nicht aber weiter ausgeführt werde, und daß demgemäß dieser Passus, mit Veränderung der herkömmlichen Interpunktion und mit Einschiebung eines non so gelesen werden müsse: „Nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus; personae tamen ejus, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur etc." (die von Zachariä a. a. O. noch weiter vorgeschlagene Veränderung in den Schlußworten: „haec enim *aeque* personae relin*quun*tur ist zwar sehr sachgemäß, aber doch nicht wesentlich nöthig). Durch diese einfachen, aus den obigen Bemerkungen sich leicht rechtfertigenden, Veränderungen bekommt die Stelle wahren Zusammenhang und innere Haltung, und es wird dann in derselben nur das der Rechtskonsequenz auch durchaus angemessene Prinzip ausgesprochen, daß bei einer Personalservitut ein praedium vicinum niemals juristisches Erforderniß ist, und daß überhaupt Grundsätze, die aus dem eigenthümlichen Charakter der Realservituten hervorgehen, auf Personal-Servituten selbst dann nicht angewendet werden können, wenn solche Befugnisse

Gegenstand derselben sind, die sonst gewöhnlich nur als Realservituten bestellt werden. Es ist dies so wahr, daß es vielmehr regelmäßig gerade dann zur Konstituirung einer solchen Personal-Servitut kommt, wenn zur Bestellung einer Realservitut irgend ein nothwendiges Requisit, z. B. ein praedium dominans, oder ein praedium vicinum, oder eine perpetua causa u. dgl. fehlt, und der Berechtigte sich doch nicht mit blos obligatorischen Ansprüchen begnügen will. Die Annahme von s. g. servitutes personales *irregulares* hat demnach gewiß keinen juristischen Werth. Vgl. überhaupt Zachariä v. Lingenthal im civ. Arch. XXVII. 1, welcher auch noch mit Recht darauf aufmerksam macht, daß sich von dem hier behandelten Falle wesentlich der andre unterscheidet, wenn eine Prädialservitut dem Eigenthümer eines Grundstücks auf Lebenszeit eingeräumt wird; denn dieses ist eine wahre Prädialservitut, und steht in allen Beziehungen unter deren Grundsätzen, mit der einzigen Modifikation, daß sie nicht auch auf die Successoren übergeht, einer Modifikation, die zwar nach strengem Rechte unzulässig ist, aber doch durch exceptio pacti oder doli vermittelt werden kann, l. 4. de servit. (8, 1). (Die neuerlich von Cohnfeldt a. a. O. S. 70 fgg. vertheidigte Ansicht, daß die l. 14. §. 3. cit. sich in Wahrheit gar nicht mit unsrer Frage beschäftige, und der ganze Schlußsatz von: nam et haustus aquae an nichts als eine unechte Randglosse sei, dürfte sich schwerlich viele Anhänger verschaffen).

II. Eine servitus realis wird im Gegensatz zur personalis einem Grundstück bestellt, so daß dieses gewissermaßen als Subjekt betrachtet werden muß (s. g. praedium dominans), und auch als Objekt muß hierbei, anders wie bei Personalservituten, nothwendig ein Grundstück vorkommen (s. g. praedium serviens). Hierbei wird aber wieder zwischen den servitutes praediorum *urbanorum* und *rusticorum* unterschieden, pr. §. 1. J. de servit. (2, 3), l. 1. de serv. (8, 1), Rubr. Dig. VIII. 2. 3. 4, und auf diese Eintheilung bezieht sich wohl auch gewiß der freilich vielfach gedeutete (vgl. *Westphal*, de libert. et servit. praed. §. 530. not. 478, Glück IX. S. 26 fgg., *Schulting*, Not. ad Dig. ad h. l. tom. II. p. 288.) Ausspruch des Paulus in l. 3. de servit. „Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt", vgl. l. 20. pr. de S. P. U. (8, 2), l. 13. pr. de S. P. R. (8, 3), *Harmenopul.* II. 4. §. 117. (edid. Heimb. Lips. 1851. p. 298). Ueber den wahren Sinn dieser Eintheilung herrscht aber noch immer Streit, obwohl h. z. T. die Ansicht vorherrscht, daß die Qualität des herrschenden Grundstücks — je nachdem dies nämlich ein Gebäude oder ein leerer Platz sei — entscheidend sei, vgl. außer den Lehrbb. auch noch Glück IX. S. 21 fgg., Unterholzner, Verjährungsl. II. S. 120 fgg., Hoffmann I. S. 28, Zachariä v. Lingenthal, über die Unterscheib. zwischen servit. rust. und urb. Heidelb. 1844. S. 95 fgg., Zielonacki a. a. O. S. 28 fgg. Doch wollen Andre umgekehrt Alles auf die Qualität des dienenden Grundstücks stellen, vgl. die bei Glück S. 22. Not. 59. Angeff., und wieder Andre behaupten, servitutes praediorum urbanorum seien diejenigen, „welche ohne Gebäude nicht bestehen können, gleichviel übrigens, ob das herrschende oder das dienende Grundstück, oder endlich ob beide ein Gebäude sein müssen: servitutes praedior. rusticor. dagegen seien diejenigen, welche auch

zwischen zwei leeren Grundstücken vorkommen könnten"; vgl. v. d. Pfordten im ziv. Arch. XXII. 2, Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 567 fgg., und im Wesentlichen auch *Molitor* p. 331 fgg. Einige wenige endlich fassen bei der ganzen Unterscheidung nicht sowohl die Eigenschaft des herrschenden oder dienenden Grundstücks, als vielmehr den Inhalt der Servitut selbst ins Auge, vgl. bes. *Stever* l. c. cap. I. §. 8. und 9; s. auch *Gaedke* in der S. 790. zit. Schrift pag. 7 sqq. Diese letztre von fast allen Neueren gänzlich ignorirte Ansicht ist meiner Ueberzeugung nach die allein richtige. Faßt man nämlich die Befugnisse des Servituten-Inhabers ins Auge, so lassen sich drei Klassen von Realservituten unterscheiden, die man recht wohl mit *Stever* l. c. §. 7. servitutes *habendi* (z. B. serv. oneris ferendi, tigni immittendi), *prohibendi* (z. B. serv. altius non tollendi, ne luminibus officiatur) und *faciendi* (z. B. serv. itineris, actus, viae, aquaehaustus) nennen kann, eine Eintheilung, die gewiß wichtiger ist, als die herkömmliche in servitutes affirmativae und negativae, wobei die Verbindlichkeit des dominus praedii servientis das fundamentum divisionis ist, und deren erstes Glied die servitutes habendi und faciendi, das zweite aber die servitutes prohibendi umfaßt. Auf jene Eintheilung basirt sich nun die römische Unterscheidung der servitutes praed. rust. und urban., insofern daß die *servitutes faciendi* mit den *servitutes praed. rusticorum* und die *servitutes habendi* und *prohibendi* mit den *servitutes praediorum urbanorum* zusammenfallen, so daß also bei dieser Unterscheidung ganz gleichgiltig ist, ob die Servitut in concreto einem praedium urbanum oder rusticum konstituirt ist, und nicht minder, ob das dienende Grundstück ein Gebäude oder ein nicht überbauter Platz ist. Hierbei sind noch folgende Punkte hervorzuheben:

1) Wenn auch diese Begriffsbestimmung nicht aus einem unmittelbaren Quellenzeugniß erwiesen werden kann, indem sich nirgends eine Legal-Definition der servitutes praed. rust. und urban. findet, so erhält dieselbe doch die höchste Wahrscheinlichkeit schon durch die einfache Bemerkung, daß sämmtliche in den Quellen aufgeführten Beispiele der servitutes praed. urban. (s. unten §. 342.) zu den servitutes habendi oder prohibendi gehören, und daß eben so alle uns dort genannten servitutes praedior. rusticor. (s. §. 341) sich als servitutes faciendi herausstellen. Nur bei der servitus *aquaeductus* könnte in letzterer Beziehung ein Zweifel entstehen, indem man dieselbe nicht anders, wie die servitus oneris ferendi, tigni immittendi u. s. w. als servitus *habendi* anzusehen, geneigt sein möchte. Bedenkt man aber, daß es bei dieser Servitut nicht sowohl auf das Haben des rivus, als vielmehr darauf ankommt, daß man sich vermittelst desselben Wassers aus dem dienenden Grundstück herüber in das herrschende schaffen dürfe — weßhalb denn auch zur quasipossessio dieser Servitut nicht Existenz des rivus genügt, sondern erfordert wird, daß wirklich Wasser in das herrschende Grundstück geleitet sei, und nur auch unter der letztern Voraussetzung das interd. de aqua quotidiana vel aestiva Statt findet —, so muß man wohl zugestehen, daß auch diese Servitut wirklich zu den servitutes faciendi gehört und sich wesentlich von den wahren servitutes habendi unterscheidet.

2) Ein zweiter, und meines Erachtens der entscheidenste Beweisgrund für die Richtigkeit unserer Ansicht ist in der Verschiedenheit der Prinzipien, welche für beide Arten der Realservituten gelten, enthalten. Ich mache hier nur vorläufig auf die wichtigen Verschiedenheiten aufmerksam, welche bei dem Besitz, den possessorischen Interdikten, der Erlöschung durch Nichtgebrauch, der Verpfändung, der operis novi nunciatio u. s. w. gelten. Dieselben sind größtentheils unerklärliche Singularitäten, wenn man von den herrschenden Begriffen ausgeht, während sich die meisten derselben sehr einfach erklären, wenn man nicht die Qualität des praedium dominans oder serviens, sondern den Inhalt der durch die Servitut erworbenen Befugniß als fundamentum divisionis aufstellt. Ganz a. M. ist freilich Zachariä in der angef. Abh. über die Unterscheidung zwischen servit. rust. und urb., dem auch Elvers S. 316 fgg. in allem Wesentlichen beistimmt, denn die wesentliche Tendenz derselben geht dahin, nachzuweisen, daß alle gewöhnlich angenommenen Unterscheidungen zwischen den servitutes rusticae und urbanae gänzlich unbegründet seien (vgl. auch Kindervater in Bekker's Jahrb. VI. S. 116 fgg.), und die ganze Eintheilung lediglich nur Bedeutung in Beziehung auf die Regel: servitus praedio utilis esse debet habe, indem das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks begreiflich ein sehr verschiedenes sei, je nachdem dasselbe ein Gebäude sei oder ein leerer Platz. Diese Ansicht fällt von selbst zusammen, wenn nachgewiesen werden kann, daß wirklich wesentliche rechtliche Verschiedenheiten zwischen den beiden Gattungen der Servituten vorkommen; aber diese Nachweisung kann erst an den betreffenden einzelnen Orten gegeben werden, vgl. z. B. §. 338. Anm. 1, §. 342. Anm. 3, §. 357. Anm., §. 367. Anm.

3) Hiermit hängt auch ein dritter, mehr negativer, Beweis zusammen. Geht man nämlich von der herrschenden Ansicht aus, so entsteht die schwierige Frage, wie es sich in Betreff jener Prinzipien-Verschiedenheit verhalte, wenn einmal eine Servitut, die in den Quellen zu den rusticae gestellt ist, für ein praedium urbanum konstituirt wird, oder umgekehrt? Bleibt eine solche Servitut unter den Prinzipien der servitus rustica, oder ist nun die Theorie der servitutes urbanae darauf anwendbar? Nimmt man z. B. mit v. Löhr in seinem Magazin III. S. 497, dem die Meisten folgen, vgl. z. B. Hoffmann I. S. 200, Zielonacki S. 41 fgg. u. A. m. das Erstere an, so hat man eben damit die Unhaltbarkeit des herrschenden Begriffs ausgesprochen, denn man hat ja dann offenbar eine servitus rustica, die doch nicht für ein praedium rusticum, sondern für ein praedium urbanum konstituirt ist. Statuirt man aber das Zweite, was z. B. noch Mühlenbruch im ziv. Arch. XV. S. 383. (s. jedoch dessen Lehrb. §. 276. Not. 8), nicht ganz verwerflich findet, und nimmt man also z. B. an, daß eine für ein Gebäude bestellte servitus itineris als servitus urbana durch usucapio libertatis, nicht aber, wie sonst, durch blosen non usus verloren gehe u. dgl. m., so wäre damit nur auf schlagende Weise ausgesprochen, daß die zwischen den servitutes urbanae und rusticae vorkommenden Prinzipien-Verschiedenheiten durch kein inneres Moment herbeigeführt wären, sondern auf reinen Zufälligkeiten beruhten, was doch gewiß schwer zu glauben ist. Allen diesen Inkonvenienzen (die freilich nach Zachariä's Ansicht gar nicht vorhanden

sein würden) entgeht man vollständig durch die obige Begriffsbestimmung, und namentlich erklärt sich auch daraus, wie unsre Quellen über die ganze hier berührte Frage so völlig schweigen können, obwohl es doch bei den Römern gewiß nicht selten vorkam, daß eine servitus rustica für ein praedium urbanum, und umgekehrt, bestellt wurde und selbst Beispiele hiervon in den Quellen enthalten sind.

4) Man könnte jedoch unsren bisherigen Ausführungen nicht ohne Schein entgegensetzen wollen, daß bei dieser Ansicht der Name servitutes praediorum urbanor. und rusticor. völlig unerklärlich sei, und wirklich scheint dies der Hauptgrund zu sein, aus welchem die hier vertheidigten, schon in der 1. Aufl. dieses Lehrb. aufgestellten Begriffsbestimmungen auch unter den neuesten Juristen so gar keinen Anklang gefunden haben, vgl. z. B. Puchta, Kurs. der Instit. II. §. 253. Not. i. („wunderlicher Weise") und Lehrb. §. 183. Not. e., wo über unsre Ansicht das Urtheil vorkommt, „die Römer hätten darnach mit der Eintheilung in servit. praed. rust. und urb. gesagt, was sie nicht gewollt, und gewollt, was sie nicht gesagt hätten", ein Urtheil, was auch Böcking §. 161. Not. 32. für wohl begründet erklärt; vgl. auch Brinz, Lehrb. §. 70. S. 256. „all das ist wunderlich, überdies unwahr", u. A. m. In der That muß ich aber diesen Einwand für ganz unbedeutend halten, wenn man nur bedenkt, daß die der ältern Zeit angehörigen Kunstausdrücke (— und daß dazu die hier besprochenen gehören, geht schon daraus hervor, daß die servitutes praedior. rustic. zu den res mancipi gehörten —) regelmäßig von äußeren, in die Augen fallenden Merkmalen entlehnt sind, und daß ja wirklich die servitutes faciendi gerade nur bei eigentlichen Grundstücken, die servitutes habendi und prohibendi dagegen gerade nur bei Häusern vorzukommen pflegen, und dies vielleicht in der Zeit, in welcher jene Namen entstanden, immer der Fall war. Beachtet man dies, so wird man in der hier vertheidigten Terminologie kaum etwas Wunderliches finden können, und sie ist gewiß nicht auffälliger, als daß man z. B. jedes Haus, wenn es auch auf dem Lande liegt, praedium *urbanum* nennt und vieles dgl. m.

5) Größere Beachtung verdient der andre Einwand, mit der hier vertheidigten Begriffsbestimmung lasse es sich nicht vereinigen, daß dieselbe Servitut bald als servitus rustica, bald als servitus urbana vorkomme, und doch sei dies nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen nicht nur bei der servitus *aquaeductus*, vgl. l. 11. §. 1. de Publ. in rem act. (6, 2) und der servitus *itineris* der Fall, l. 7. §. 1, l. 14. comm. praed. (8, 4), sondern es werde dies auch noch durch den Ausspruch des Neratius in l. 2. de S. P. R. (8, 3) bestätigt, wo eine ganze Reihe von Servituten, die sonst immer nur als servitutes urbanae vorkämen, geradezu als rusticorum praediorum servitutes aufgeführt würden. Aber auch dieser Einwurf, so scheinbar er ist, dürfte kaum eine genauere Prüfung aushalten. Was nämlich:

a) die serv. aquaeductus anbelangt, so wird dieselbe zwar allerdings zu den servitutes rusticae gezählt, und doch heißt es in l. 11. §. 1. de Publ. act.

lacu, neque ex stagno concedi aquaeductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.

4) *Papinian.* l. 4. de servit.: Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia: quamdiu volam, constitui possunt; sed tamen, si haec adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti. Idque et Sabinum respondisse Cassius retulit, et sibi placere. §. 1. Modum adjici servitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur, veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur. §. 2. Intervalla dierum et horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinent jure constitutae servitutis.

5) *Modestin.* l. 11. de servit.: *Pro parte dominii servitutem acquiri non posse, vulgo traditur.* Et ideo, si quis fundum habens viam stipuletur, et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. Pro parte quóque neque legari, neque adimi via potest, et si factum est, neque legatum, neque ademtio valet. — Cf. *African.* l. 32. de S. P. R.: — — dici solet, per partes nec acquiri, nec imponi servitutes posse.

6) *Cels.* l. 9. eod.: Si cui simpliciter via per fundum cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito, videlicet per quamlibet ejus partem ire, agere licebit, *civiliter modo.* Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur; non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire, agere sinendus est, quum id aeque commode per alteram partem facere possit minore fundi servientis detrimento. Verum constitit, ut, qua primum viam direxisset, ea demum ire, agere deberet, nec amplius mutandae ejus potestatem haberet, sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, posteaquam ductus esset, transferre non liceret; quod et in via servandum esse verum est.

Vgl. außer der schon oben angeführten Schrift von *Stever* noch besonders Zachariä, wissenschaftliche Entwickelung der Lehre des röm. Rechts von den dinglichen Servituten, in Hugo's ziv. Magaz. II. No. 15, Schrader (wie kam man auf die vielen auffallenden Sätze bei den dinglichen Dienstbarkeiten?) in dessen zivil. Abhandlungen No. V., Hoffmann I. §. 15 fgg., Elvers §. 15 fgg.

Anm. 1. Je weniger es auf die einzelnen in den Gesetzen besonders aufgeführten Arten von Realservituten (s. die folgenden §§en) ankommt, indem diese nur als Beispiele betrachtet und nach Bedürfniß vermehrt werden können, wenn nur die allgemeinen Prinzipien über servitutes praediorum gewahrt werden, um so wichtiger wird es, gerade diese letztern scharf ins Auge zu fassen.

Als leitender Grundsatz — der sich übrigens leicht aus der Idee des römischen Rechts erklärt, daß eine solche Servitut für das praedium selbst, also zum ausschließlichen Vortheil desselben, bestellt werde, vgl. Zachariä a. a. O.— muß der aufgestellt werden, daß nur solche Befugnisse als Realservituten konstituirt werden können, welche für jeden Besitzer des herrschenden Grundstücks, als solchen, ein Interesse gewähren können, und es genügt also eben so wenig, daß blos individuell einem oder einigen Besitzern, z. B. wegen eines besondern Gewerbes daraus ein Vortheil erwachse, als es hinreicht, daß wirklich jedem Besitzer, als Menschen, die Ausübung der Servitut Nutzen gewährt, sondern der Nutzen muß gerade darum für jeden Besitzer vorhanden sein, weil er Besitzer dieses Grundstücks ist. Nur darf der Satz, daß jedem Besitzer ein Vortheil aus der Servitut erwachsen müsse, nicht auf die Spitze getrieben werden, denn, wenn einmal ausnahmsweise ein zeitiger Besitzer aus individuellen Gründen den Vortheil nicht genießen kann, so steht eine solche Möglichkeit der Bestellung der Realservitut so wenig im Wege, daß dieselbe vielmehr unbedenklich sogar dann erfolgen kann, wenn zufällig gerade dem Konstituenten die Servitut unnütz ist, l. 19. de servit. (s. §. 338. Anm. 2. Nr. 4). Uebrigens verdient noch insbesondere bemerkt zu werden, daß auch solche Befugnisse als Realservituten bestellt werden können, welche nicht eigentlich einen pekuniären Vortheil hervorbringen, sondern nur die Annehmlichkeit des Besitzes erhöhen, wie dies z. B. mit der servitus ne prospectui officiatur und ähnlichen der Fall ist, vgl. l. 3. 15. 16. de S. P. U., l. 8. §. 1. si servit. vindic. (8, 5), l. 3. de aqua quotid. (43, 20). Wie sich hierzu der Ausspruch des Paulus in l. 8. pr. de servit.:

> „Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest",

verhalte, ist gar sehr bestritten, vgl. über die verschiedenen Ansichten Schrader, zivil. Abh. Nr. VI., Hoffmann I. S. 35 fgg., Zielonacki S. 73 fgg. Die Meisten nehmen, wie ich glaube mit vollem Rechte, besonders nach dem Vorgange von Thibaut, Versuche I. 1, an, daß auch hier nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes ausgesprochen sei, daß hierbei nicht die individuelle Neigung eines Einzelnen entscheiden dürfe, denn in des Nachbars Garten etwas Obst zu naschen, oder dort spazieren zu gehen, oder zu speisen, ist doch gewiß nicht Jedermanns Geschmack. Ueberdies kommt aber in den von Paulus angeführten Beispielen hinzu, daß hierbei die Grenzen der Ausübung zu bestimmen, sehr schwierig ist, und daß dgl. Befugnisse bei einem unzarten Berechtigten wahrhaft unerträglich für den Herrn der dienenden Sache werden können, vgl. Schrader a. a. O., *Muther* in fr. 6. comm. praed. p. 26 sqq.

Aus dem angegebenen Grundsatz gehen aber noch insbesondere folgende Konsequenzen hervor:

1) Die durch die Realservitut eingeräumte Befugniß darf nicht über das

Bedürfniß des herrschenden Grundstücks hinausgehn, vgl. bes. l. 5. §. 1. de S. P. R. (T. 1), l. 6. pr. §. 1. eod., und folgeweise auch nicht zum Besten Dritter ausgeübt werden, s. bes. l. 24. eod. (T. 2).

Manche nehmen aber, besonders auf die Auktorität von *Noodt*, probab. lib. l. c. 2. 3. an, daß diese Sätze nur dem alten strengen Rechte angehörten, daß aber nach neuerem milderen Rechte eine Ausübung der Servitut auch über jene Grenze dann möglich sei, wenn dies entweder durch Vertrag gestattet, oder doch dem Herrn der dienenden Sache ganz unschädlich sei, wie dies aus l. 33. §. 1. de S. P. R. und aus l. 1. §. 16. de aqua quotid. (43, 20) hervorgehe. In l. 33. cit. ist aber nur gesagt, daß durch Verträge unter sämmtlichen Interessenten, und namentlich also mit Zustimmung des Herrn des dienenden Grundstücks, auch dritte Personen einen obligatorischen Anspruch darauf erlangen könnten, daß sie aus der durch ihr Grundstück geführten Wasserleitung Wasser schöpfen könnten, eine Bestimmung, die offenbar mit keinem der beiden vorher angeführten Sätze in Widerspruch steht, und in l. 1. §. 16. cit. referirt Ulpian die Meinung des Labeo, daß der Inhaber einer servitus aquaeductus das Wasser auch auf ein nachher erworbenes benachbartes Grundstück ableiten dürfe, wenn daraus dem Eigenthümer des praedium serviens kein Nachtheil erwachse. Thibaut, Versuche I. S. 8 fgg., dem auch Glück X. S. 52 fgg. und Seuffert, Erörtr. II. S. 45. ganz folgen, nimmt an, daß wirklich diese Entscheidung mit dem in l. 24. cit. gebilligten Prinzip in Widerspruch stehe, daß man aber nothwendig diese l. 24. vorziehen müsse, weil in l. 1. §. 16. cit. die Meinung Labeo's blos referirt, in l. 24. cit. aber mit klaren Worten verworfen sei, und man muß gestehen, daß diese Ansicht jedenfalls der Meinung Noodt's vorgezogen werden müßte, wenn überhaupt ein Widerstreit zwischen jenen beiden Gesetzen Statt fände. Gerade dies aber scheint mir nicht der Fall zu sein, indem meiner Ansicht nach die l. 1. §. 16. cit. nicht von dem Fall zu verstehen ist, daß das zur Bewässerung des herrschenden Grundstücks bestimmte Wasser mit Hintansetzung dieses Zwecks auf ein andres Grundstück geleitet wird — was wohl auch Labeo nicht hätte billigen können —, sondern vielmehr davon, daß der Eigenthümer das, nach geschehener Bewässerung des herrschenden Grundstücks übrigbleibende Wasser auf ein benachbartes andres Grundstück ablaufen lassen dürfe, sofern er nur nicht deßhalb eine größere Quantität Wassers von dem dienenden Grundstück ableitet; und zu dieser Annahme paßt auch sehr gut das von der Wegegerechtigkeit hergenommene Beispiel Labeo's, vgl. auch Hoffmann I. S. 41. — (Die neue Erklärung von Elvers S. 147 fgg., wornach vorausgesetzt werden soll, daß auch das neuerworbene Grundstück bereits servitutberechtigt gewesen sei, und ihm jetzt nur das Wasser in einer andren Richtung zugeführt werde, ist sicher unhaltbar). — Jedenfalls muß also auch noch h. z. T. das Prinzip festgehalten werden, daß eine Realservitut nur zu dem Zwecke konstituirt werden dürfe, um einem Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks abzuhelfen; und wenn noch mehr desiderirt wird, so muß durch Abschließung von Obligationen oder durch Konstituirung von Personalservituten geholfen werden, vgl. l. 6. pr. de S. P. R.

2) Als eine blose Konsequenz aus dem obigen Grundsatz muß auch das mehrfach in den Quellen hervorgehobene Requisit betrachtet werden: daß die praedia *vicina* sein müssen, l. 5. §. 1. de S. P. R., l. 12. de pignor. (20, 1). Dies will nämlich gewiß nicht heißen, daß die beiden Grundstücke unmittelbar an einander grenzen müßten, sondern der wahre Sinn jenes Requisits ist offenbar nur der, daß die Grundstücke so gelegen sein müssen, daß die Ausübung der fraglichen Servitut auf dem einen Grundstücke einem jeden Besitzer des andern, als solchem, ein Interesse gewähren kann, und so kann es kommen, daß die beiden Grundstücke in ziemlich weiter Entfernung von einander liegen und doch als praedia vicina im juristischen Sinne des Wortes betrachtet werden müssen. Daß gegen diese Begriffsbestimmung auch nicht die l. 38. und 39. de S. P. U. angeführt werden kann, leuchtet von selbst ein, denn, wenn da verlangt wird, daß man von dem einen Grundstück das andere sehen könne: so geht dies nur auf die Licht- und Aussichts-Gerechtigkeiten, wie theils aus dem Inhalt der Stellen selbst, theils aus der Titelrubrik derselben hervor geht. — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, wenn zwischen den beiden Grundstücken noch andere liegen, eine Realservitut nur dann giltig bestellt werden kann, wenn entweder die Ausübung der Dienstbarkeit durch die in der Mitte liegenden praedia nicht gehindert werden darf, weil sie ebenfalls servitutpflichtig sind, oder wenn sie doch jetzt nicht gehindert wird, welches Letztre z. B. bei der serv. altius non tollendi in Betreff entfernterer Gebäude dann eintritt, wenn die näher liegenden faktisch niedriger sind, l. 7. §. 1, l. 31. de S. P. R., l. 7. §. 1. communia praedior. l. 17. §. 3. 4. de aqua et aquae pluv. arc. (39, 3), — l. 4. §. 8, l. 5. 6. pr. si serv. vindic. (8, 5). Liegt ein öffentlicher Weg oder Fluß zwischen den beiden Grundstücken, so können aus begreiflichen Gründen zwar wohl servitutes faciendi und prohibendi, aber nicht auch, ohne besondere Genehmigung der Behörden, servitutes habendi konstituirt werden, zu welchen letzteren in dieser Beziehung natürlich auch die serv. aquaeductus gezählt werden muß, l. 14. §. 2. de servit., l. 1. pr. de S. P. U., l. 38. de S. P. R., l. 17. §. 2, l. 18. §. 1. de aqua et aquae pluv. arc. (39, 3), und einiger Maaßen singulär ist dabei nur: daß nach l. 38. de S. P. R., l. 17. §. 2. de aqua et aquae pluv. arc., eine serv. faciendi dann nicht konstituirt werden darf, wenn zwischen den beiden Grundstücken ein solcher Fluß liegt, über den man blos schiffen kann, vgl. überhaupt Elvers S. 166. — Wenn übrigens Thibaut, ziv. Abh. S. 43 fgg. über das ganze Erforderniß der Vizinität dann hinwegsehen will, wenn eine Realservitut reservirt sei, wegen l. 6. pr. comm. praed.:

> „Si quis duas aedes habeat et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae, quae non traduntur, servae sint his quae traduntur, vel contra, ut traditae retentis aedibus serviant, *parvique refert, vicinae sint ambae aedes vel non*“;

und wenn er dann diese Ausnahme aus demselben Prinzip, wie die l. 19. de servitut. (s. §. 338. Anm. 2. bei Nr. 4.) erklären will: so geht die Unhaltbarkeit dieser, doch auch von Schrader, zivil. Abh. S. 324. gebilligten Erklärung doch wohl schon daraus hervor, daß ja auch nach eben dieser Stelle ganz dasselbe eintreten soll, wenn die Servitut dem von dem Veräußerer zurückbehaltenen Gebäude aufgelegt

wird. Sicher wollte Ulpian nur sagen, daß die Häuser nicht gerade unmittelbar an einander stoßen müßten, so daß also das Wort *vicinus* hier in der vulgären Bedeutung angewendet ist, s. auch v. Löhr in seinem Magazin III. S. 491 fgg. Note 2, *Gaedke* l. c. §. 19. p. 30 sqq.. Dirksen, vermischte Schriften I. S. 112 fgg., Hoffmann I. S. 45 fgg., Zielonacki S. 62 fgg., Elvers S. 267, ***Muther*** **cit. p. 29 sqq.**

3) Aus unserm obigen Grundsatz folgt auch der Satz des römischen Rechts, daß Realservituten eine ***causa perpetua*** haben müssen, d. h. daß die Voraussetzungen, auf welchen die Ausübung der Servitut beruht, nicht vorübergehend und zufällig sein, sondern einen fortdauernden Grund haben müssen, denn wäre blos das erstere der Fall, so würde ja nicht jeder Besitzer sich einen Vortheil von der Servitut versprechen dürfen, vgl. darüber auch noch außer den Handbüchern und Monographieen Schmidt in Bekker's Jahrb. III. S. 261 fgg. Note 28. und Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbarn. Eisenb. 1859. S. 39 fgg. — Es löst sich aber jenes Erforderniß bei genauerer Betrachtung in die beiden Sätze auf:

a) Als Realservitut kann keine Befugniß bestellt werden, deren Ausübung eine fortgesetzte Thätigkeit des Herrn der dienenden Sache voraussetzen würde. Hierher gehört besonders die so oft besprochene (vgl. Glück X. S. 38 fgg. und die da Angeff., *Schulting* et *Smallenb.* ad h. l., Schrader, civ. Abh. S. 306 fgg., besonders S. 314, *Stever* l. c. cap. II. §. 5, Luden a. a. O. S. 27 fgg. Note 7, Hoffmann I. S. 55 fgg., Elvers S. 152 fgg., Schmidt a. a. O. S. 263, Hesse a. a. O. S. 35 fgg., Boecking II. §. 162. Note 54), aber auch eben so häufig mißverstandene l. 28. de S. P. U. (8. 3), die meiner Ansicht nach folgenden Fall entscheidet: „wenn Jemand vermittelst einer an der untern Wand angebrachten Oeffnung das Wasser, was er zum Abspülen seiner Zimmer gebraucht hat, gewöhnlich auf des Nachbars Grundstück hat ablaufen lassen, so kann dieser selbst nicht durch Ablauf der Verjährungszeit ein Servitutenrecht darauf erwerben, es müßte denn sein, daß das von dem Hauseigenthümer gebrauchte und dann abgelaufene Wasser Regenwasser wäre". Die Servitut ist also hier für unmöglich erklärt, weil zu deren Ausübung eine fortgesetzte Thätigkeit des Herrn der dienenden Sache vorausgesetzt würde, „**neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit**"; s. jetzt auch Elvers a. a. O. — Mit der früher besprochenen Rechtsregel: **servitus in faciendo consistere nequit** fällt übrigens der hier angedeutete Grundsatz nicht ganz zusammen, weil in dem letztern noch das Mehr enthalten ist: daß auch nicht einmal solche Handlungen, die nicht gerade zum Zweck der Servitut vorgenommen werden, als nothwendige Voraussetzungen erscheinen dürfen. Vgl. bes. Schrader a. a. O; s. auch Seuffert, Erörtr. II. S. 43 fgg.

b) Als Realservitut kann keine Befugniß bestellt werden, welche voraussichtlich nur kurze Zeit hindurch, wegen leicht erschöpften Vorraths des dienenden Grundstücks, ausgeübt werden kann, und daraus erklärt es sich, daß eine **serv. aquaeductus, aquae haustus** u. dgl. nicht aus einem **lacus**, einem **stagnum**, einer **cisterna**, sondern nur aus **aqua viva** und **perennis** konstituirt werden darf, l. 28. cit., l. 1. §. 5. de **aqua quotid. v. aest.** (43, 20), l. 1. §. 4. de

fonte (43, 22). Daß dies auch bei andern, als Wassergerechtigkeiten, Rechtens sei, darf nicht bezweifelt werden, und wenn sich also z. B. nur durch einmaliges zufälliges Ereigniß eine Quantität Sand auf einem Grundstück angehäuft hat, so kann gewiß niemals eine serv. arenae fodiendae als Realservitut bestellt werden.

Daß diese Perpetuität der causa auch noch h. z. T. nothwendiges Erforderniß jeder Realservitut sein müsse, ist zwar oft in Abrede gestellt worden, aber gewiß ohne allen Grund, da dieselbe mit dem Grundwesen der Realservitut in unverkennbarem Zusammenhang steht. Die nicht selten dagegen angeführte l. 9. de S. P. R., woraus man ableiten will, daß nach dem neueren milderen Rechte auch aus einem lacus, stagnum u. dgl. eine serv. aquae duc. und haur. bestellt werden dürfe, gehört gar nicht hierher, sondern sie enthält nur die neuere Modifikation des früheren Grundsatzes, daß jene Servituten nur ex capite aquae oder ex fonte konstituirt werden sollten, l. 1. §. 7. 8. de aqua quot. v. aest. (43, 20); und wenn nach l. 2. comm. praedior. eine servitus aquae *per rotam* ex flumine tollendae vel hauriendae, und eine servitus aquaehaustus *ex castello* [also aus dem Bassin, in welches sich die Wasserleitungen ergießen] nach einem Reskript von Antonin geschützt werden soll, „licet servitus jure non valuit", so ist meiner Ansicht nach darin nur folgende sehr natürliche Modifikation des vorher bei lit. a. angedeuteten Grundsatzes enthalten, „wenn der Eigenthümer eines Grundstücks Anlagen gemacht hat, die ihrer Natur nach nicht blos momentan sind, z. B. er hat ein Wasserrad angelegt, oder einen Aquädukt erbaut, so kann die Benutzung solcher Anstalten nach neuerem Rechte, auch als Realservitut einem Nachbar eingeräumt werden". [Wenn alle Ausleger die rota als dem Herrn der herrschenden Sache gehörig betrachten, so hätte davor schon die Zusammenstellung mit dem zweiten Beispiele bewahren sollen, und ganz unbegreiflich wären dann die Worte „licet servitus jure non valuit"; denn warum ich mir nicht, auch nach dem strengsten Zivilrechte, eine Realservitut dahin bestellen könne, „daß ich mit meinem Wasserrade Wasser aus dem Flusse schöpfen dürfe", vermag ich nicht einzusehen. Ueber die, nicht selten wahrhaft lächerlichen, Erklärungen Anderer s. Glück X. S. 45 fgg., vgl. auch Schrader, ziv. Abh. S. 318, Böcking §. 162. Note 36. und gegen die Letzteren Schmidt a. a. O. S. 262].

4) Mit unserm Grundsatz hängt wohl auch das von Papinian in l. 4. pr. de servit. (T. 4.) ausgesprochene Prinzip des Zivilrechts zusammen, daß eine Realservitut neque ad tempus, neque ad certam conditionem bestellt werden könne; denn da ja eine Realservitut ihrem Wesen nach nicht blos einem oder einigen, sondern allen Besitzern einen Vortheil verschaffen soll, so könnte die Zufügung einer Resolutiv-Bedingung oder eines dies ad quem hiermit leicht unverträglich erscheinen. Der andre von Papinian l. c. bemerkte Satz, daß auch keine Suspensiv-Bedingung und kein dies a quo, ipso jure zugefügt werden könne, mochte freilich aus der Form der Errichtung gefolgert sein, da die in jure cessio als legis actio dergleichen nicht zuließ. — Daß im neuern Rechte der eine, wie der andere Satz praktisch nicht mehr gilt —, wie er denn auch in Beziehung auf die der Servituten-Errichtung vorausgehenden Verträge gewiß

niemals gegolten hat, vgl. l. 89. de V. O. — sondern hier solche Nebenbestimmungen durch exceptio doli oder pacti geschützt werden, geht aus der weitern Relation Papinian's von selbst hervor.

Anm. 2. Außer den in der vorhergehenden Anm. angegebenen Prinzipien, nach denen es beurtheilt werden muß, ob eine Befugniß als Realservitut bestellt werden kann, sind noch folgende allgemeine Grundsätze hervorzuheben:

1) Realservituten sind untheilbar; cf. *fragm. Pomponii* bei Cramer in Hugo's Mag. VI. 1. (auch im Bonner corp. jur. antej. pag. 168): „Et servitutes dividi non possunt; *nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat*": — l. 8. §. 1, l. 11, l. 17. de servit., l. 32. de S. P. R., l. 3, l. 7. de serv. leg. (33, 3), l. 14. §, 1. de adim. legat. (34, 4), l. 1. §. 9, l. 7, l. 80. §. 1. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 72. pr. de V. O. (45, 1), l. 13. §. 1. de acceptil. (46, 4), — *Uhland* (pr. *Gmelin*) diss. de servitutum natura dividua et individua. Tüb. 1810, Schrader, ziv. Abh. S. 284 fgg., Rubo, über Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen. Berlin 1822. S. 39 fgg., S. 122 fgg., Kori in Elver's Themis I. (1828.) S. 481 fgg., *de Scheurl*, commentatio ad leg. 2. 3. 4. 72. 85 de V. O. Erl. 1835. p. 60 sqq., Hoffmann I. S. 64 fgg., *Girtanner*, de dividua quae est praediorum servitutibus, natura. Heidelb. 1847, Heinzelmann, die Untheilbarkeit der Servituten. Nördl. 1854, Kuntze in der Heidelb. krit. Zeitschrift I. S. 546 fgg.; vgl. auch Girtanner in Ihering's Jahrbb. III. S. 264 fgg. und *Muther* in fr. 6. comm. praed. p. 34 sqq. — Die bedeutendsten Konsequenzen aus dieser Regel sind folgende:

a) „Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest", l. 2. de servit. Hat also nur einer von mehreren Miteigenthümern eine Servitut bestellt, so kann dieser Akt erst dann wirksam werden, wenn nachher auch die übrigen Eigenthümer die Servitut konstituiren, und dabei wird doch auch noch vorausgesetzt, daß inzwischen keine Veränderung in den Personen der Miteigenthümer eingetreten ist, „quum enim postremus cedat, non retro acquiri servitus videtur, sed perinde habetur, atque si, quum postremus cedat, omnes cessissent", l. ult. comm. praed. (Einige Wirksamkeit wird nach einer späteren mildern Meinung dem früheren Akte doch beigelegt: „benignius tamen dicetur, et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure non posse", *Cels.* l. 11. de S. P. R.). Haben zwar sämmtliche codomini, aber nicht inter vivos, sondern durch Legat die Servitut bestellt, so ist doch die Servitut nur dann konstituirt, wenn die Erbschaft sämmtlicher Miteigenthümer ganz gleichzeitig angetreten wird, „nec enim sicuti viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est", l. 18. comm. praedior. — Daß dieselben Grundsätze gelten, wenn nur einem von mehreren Miteigenthümern eine Servitut konstituirt wird, versteht sich von selbst, s. auch l. 18. cit. verb.: Idem juris est rel., und interessante Anwendungen hiervon für den Fall einer legirten Servitut kommen namentlich in l. 3. de servit. leg. (33, 3) vor (in welcher Stelle doch wohl nach dem Vorschlag von *Cujac.*, obs. I. cap. 23. statt: et pendente conditione *decessisset* zu lesen ist: et p. c. *dies cessisset*, obwohl, wenn man nur das decessisset auf

den Testator bezieht, keine wesentliche Verschiedenheit des Sinnes entsteht). Vgl. Glück in den Zusätzen zum IX. Bd., Hoffmann I. S. 67 fgg., Huschke in Gießer Zeitschr. N. F. IV. S. 305 fgg.

b) Was nach dem eben Bemerkten von der Bestellung der Servitut selbst gilt, muß natürlich auch von der blosen Begründung einer obligatio ad servitutem constituendam gelten, und wenn also nur einer von mehreren Miteigenthümern die Konstituirung einer solchen Servitut verspricht und resp. sich versprechen läßt, so ist dies ganz wirkungslos, l. 19. de S. P. R., l. 140. §. 2. de V. O. (45, 1), und darum muß sogar, wenn Jemand sich eine Servitut versprechen läßt, und dann vor der wirklichen Bestellung derselben einen Theil seines Grundstücks veräußert, der ganze Vertrag ungiltig werden, l. 11. de servit., l. 136. §. 1. de V. O. — Daß aber auch der Vertrag, in welchem alle Miteigenthümer eines Grundstücks sich eine Servitut versprechen ließen, ehedem als ungiltig betrachtet worden sei, und erst im spätern Rom Wirksamkeit erlangt habe, wie Schrader S. 294 fgg. aus l. 2. §. 2. de V. O. folgert, ist doch wohl ungegründet, Rubo S. 143 fgg. Für das neuere Recht ist es jedenfalls ausgemacht, daß ein Vertrag der letztern Art giltig ist, und jeder Einzelne der mehreren Kreditoren daraus in solidum klagen, und jeder Einzelne der mehreren Debitoren in solidum belangt werden kann, ganz so, wie auch die mehreren Erben des promissor in solidum haften, und Jeder der mehreren Erben des stipulator in solidum zu klagen berechtigt ist, l. 17. de servit., l. 19. de S. P. R., l. 4. §. 3. 4. si serv. vindic. (8, 5), l. 25. §. 9. 10. fam. herc. (10, 2), l. 7. de serv. leg. (33, 3), l. 80. §. 1. ad leg. Falcid. (35, 2), l. 2. §. 2. de V. O., Schrader S. 297 fgg., Rubo S. 122 fgg., Ribbentrop, Correaloblig. S. 187 fgg., S. 231 fgg., Hoffmann I. S. 74 fgg.

c) Aus der Untheilbarkeit der Realservitut, in Verbindung mit dem andern Satze, daß Niemand auf seiner eigenen Sache eine Servitut erwerben kann, geht von selbst der Satz hervor, daß Niemand für sein Eigenthum eine Dienstbarkeit auf einem mit einem Andern gemeinschaftlichen Grundstück, oder für eine gemeinschaftliche Sache auf einer dem andern Miteigenthümer allein zustehenden erwerben kann, l. 6. §. 3. comm. praed., während im umgekehrten Falle, wenn der Eigenthümer der herrschenden Sache Miteigenthümer der dienenden, oder umgekehrt der Eigenthümer der dienenden Miteigenthümer der herrschenden wird, die Servitut bestehen bleibt, l. 8. §. 1. de servit., l. 140. §. 2. de V. O. Daß Schrader S. 303. das Letztre als eine Ausnahme von dem Prinzip der Untheilbarkeit ansieht, erklärt sich wohl nur aus der irrigen Grundidee desselben, daß man mit jenem Prinzip ursprünglich nur die Realservituten habe beschränken wollen; denn abgesehen hiervon leuchtet von selbst ein, daß der angegebene zweite Satz nicht weniger konsequent aus der Untheilbarkeit der Realservituten hervorgeht, wie der erste. In dem einen Falle lautet nämlich der Schluß: da hier ein Grund zur Erwerbung der Servitut nur für einen Theil vorhanden ist, eine Erwerbung per partem aber nicht Statt findet, so wird nichts erworben. In dem andern Falle aber wird so geschlossen: da hier ein Grund zum Aufhören der Servitut nur für einen Theil vor-

handen ist, eine Erlöschung der Servitut per partem aber nicht Statt findet, so erlöscht die Servitut gar nicht. — Interessante Konsequenzen aus dem zweiten obigen Satze kommen vor in l. 30. §. 1. de S. P. U., l. 27, l. 34. pr. de S. P. R. Vgl. auch Hoffmann I. S. 78 fgg., Elvers S. 127 fgg., *Muther* p. 42 sqq.

d) Wenn das herrschende Grundstück getheilt wird, so nimmt Schrader S. 299. an, daß dadurch mehrere verschiedene Servituten — für jedes einzelne Stück des Grundstücks eine besondere — entständen, und glaubt eben deßhalb auch hier eine Ausnahme von dem Grundsatz der Untheilbarkeit statuiren zu müssen; vgl. auch Kori a. a. O. S. 486 fgg., Hoffmann I. S. 92 fgg., *Girtanner* cit. p. 23 sqq. Es ist dies aber gewiß irrig. Da nämlich bei einer Realservitut das Grundstück selbst, nicht aber der Eigenthümer, als das Subjekt erscheint, durch eine Theilung des Grundstücks aber (einerlei, ob nach reellen oder ideellen Theilen) nicht das Grundstück selbst, sondern nur das Eigenthumsrecht daran eine Veränderung erleidet, so bleibt in einem solchen Falle die früher konstituirte Realservitut offenbar ganz unverändert, und nur die Ausübung derselben steht jetzt den mehreren Eigenthümern der einzelnen Theile zu, vgl. l. 23. §. 3. de S. P. R.: „Quaecunque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus debetur, et ideo, quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur", aus welchem letztern Ausdruck so bestimmt wie möglich hervorgeht, daß ungeachtet der Theilung des Grundstücks doch nur eine und dieselbe Servitut vorhanden ist. Wenn Schrader seine abweichende Meinung besonders auf die Schlußworte der l. 23. cit. gründet: („Si tamen fundus, cui servitus debetur, certis regionibus inter plures dominos divisus est, quamvis omnibus partibus servitus debeatur, tamen opus est, ut hi, qui non proximas partes servienti fundo habebunt, transitum per reliquas partes fundi divisi jure habeant, aut si proximi patiantur, transeant"), indem daraus hervorgehe, daß es bei dem Rechte jedes Einzelnen darauf ankommen solle, daß sein Theil des Grundstücks an das dienende Grundstück grenze (denn ohne dies hätte ja nicht die Vizinität des einzelnen Theils, sondern nur die des ganzen Grundstücks berücksichtigt werden dürfen), so übersieht er, daß Paulus hier offenbar nur eine jedenfalls faktische Voraussetzung für die Ausübung der Servitut hat angeben wollen; und wenn Schrader ferner die l. 25. de S. P. R. für sich anführt, indem ja hier geradezu eine Theilung der servitus aquaeductus unter die verschiedenen Eigenthümer ausgesprochen werde, so kann auch dieses nicht gebilligt werden, da hier nur sehr konsequent eine verhältnißmäßige Theilung des Ertrags der Servitut, eine divisio *aquae*, nicht aber eine Theilung der Servitut selbst, angenommen wird. — In vollkommenster Uebereinstimmung mit dem hier aufgestellten Grundsatz steht denn auch die l. 19. §. 4. comm. divid. (10, 3), wornach die servitus aquaeductus niemals Objekt der actio comm. divid. sein kann. (Wenn man gewöhnlich annimmt, Paulus gebe doch am Schlusse dieser Stelle eine Ausnahme von diesem Grundsatz an, so mißversteht man die Worte *separatum a fundo*, durch welche gerade ausgedrückt werden soll, daß das Recht, Wasser zu leiten, nicht einem Grundstück zustehe, also nicht als Realservitut, bestellt sei; eine andre gewiß falsche Er-

klärung s. bei Schrader S. 300. Not. x.). — Doch aber wird wirklich in einer Beziehung, wenn das herrschende Grundstück pro diviso getheilt wird, es so angesehen, als wenn mehrere verschiedene Servituten für die verschiedenen Theile vorhanden wären, indem „sibi quisque dominorum usurpat servitutem, sibi non utendo deperdit", l. 6. §. 1. quemadm. serv. amitt. (8, 6).

e) Als eine Folge der Untheilbarkeit der Realservituten erscheint es auch, daß das Urtheil, welches der eine Miteigenthümer erwirkte, eine exceptio rei judicatae auch für und gegen den andern Miteigenthümer hervorbringt, s. oben S. 286. Nr. 4.

f) Eine, zum Theil mit dem oben bei lit. a. angeführten Satze zusammenhängende Konsequenz aus dem Prinzip der Untheilbarkeit enthält auch die l. 28. de S. P. R.: „Itinere ad praedium commune duorum legato, nisi uterque de loco itineris consentiat, servitus neque acquiritur, neque deperit".

g) Endlich erscheint es auch als wichtige Folge der Untheilbarkeit der Realservituten, daß die ganze Servitut erhalten wird, wenn auch nur ein theilweiser Gebrauch erfolgte, l. 2, l. 5, l. 8. §. 1, l. 16. quemad. serv. amitt. (8, 6), daß der obligatorische Anspruch auf eine Servitut, durch eine nur auf einen Theil derselben gerichtete Acceptilation auch nicht zum Theil aufgehoben wird, l. 13. §. 1. de acceptil. (46, 4), und daß die theilweise ademtio eines Dienstbarkeits-Vermächtnisses ungiltig ist, l. 11. de servit. —

Uebrigens bedarf es keiner nähern Ausführung, daß der Grundsatz des Paulus in l. 7. de servit.:

> „Ad *certam* partem fundi servitus tam remitti, quam constitui potest",

wovon auch Anwendungen in l. 6. §. 1, l. 16. quemadm. serv. amitt. (8, 6) vorkommen, eben so wenig mit dem Prinzip der Untheilbarkeit im Widerspruch steht, als das Dogma, welches Gaius in l. 5. §. 1. de servit. aufstellt:

> „Usus servitutum temporibus secerni potest, forte ut quis post horam tertiam usque in horam decimam, eo jure utatur, vel ut alternis diebus utatur", vgl. auch l. 4. §. 2. eod., l. 5. pr. de aqua quot. v. aest. (43, 21);

vgl. auch *Scheurl* l. c. p. 64 sqq.

2) Realservituten sind so mit dem herrschenden Grundstück verbunden, daß sie auf jeden Eigenthümer desselben übergehen, und eine Uebertragung derselben, ohne Uebertragung des Grundstücks selbst, nicht möglich ist, selbst nicht einmal zum Gebrauche, l. 36. de S. P. R., l. 44. locati (19, 2). Eine gewöhnlich hiervon gemachte und auf l. 12. de pign. (20, 1) gestützte Ausnahme bei der Verpfändung ist nicht gegründet (vgl. unten die Lehre von den Gegenständen des Pfandrechts §. 367).

3) Daß der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks die durch die Servitut eingeräumte Befugniß zwar in vollem Umfange, aber auch immer nur in einer das dienende Grundstück am wenigsten benachtheiligenden Weise („civiliter") ausüben dürfe, geht schon aus allgemeinen Prinzipien hervor,

l. 9. de servit. (T. 6), l. 20. §. 1. de S. P. U., l. 4. §. 1, l. 5. §. 1. de itin. actuque priv. (43, 19).

4) Inwieweit auch dem Eigenthümer der dienenden Sache ein konkurrirender Gebrauch mit dem Servitutberechtigten zustehe, ist nicht ganz unbestritten. Soviel ist zunächst klar, daß bei den servitutes habendi und prohibendi, also bei den serv. praed. urb., dem Eigenthümer ein konkurrirendes Gebrauchsrecht gar nicht zusteht, was theils schon aus dem Begriff dieser Servituten, theils aber auch aus dem schon oben angedeuteten Satze hervorgeht, daß gerade hierbei die als Servitut eingeräumte Befugniß als ganz losgetrennt aus dem Komplex der Eigenthumsrechte erscheint. Bei den servitutes faciendi dagegen steht dem Eigenthümer allerdings ein konkurrirender Gebrauch zu, wobei aber nothwendig das Prinzip entscheiden muß, daß in einem Kollisionsfall das Recht des Servituten-Inhabers stets das stärkere ist. Dies ist auch im Allgemeinen anerkannt, und besonders streitig ist nur der Fall, wenn eine auf eigentliche Nutzung gerichtete Realservitut ohne genaue Bestimmung des Umfangs bestellt worden ist. So herrschen namentlich sehr verschiedene Ansichten über den Fall, wenn das Weiderecht ganz unbestimmt als Realservitut eingeräumt ist, und nun der Fall eintritt, daß die Weide für beide Heerden nicht zureicht, vgl. Glück X. S. 180 fgg. und die da Angeff., Seuffert, Erörtr. II. S. 46 fgg. Beide genannten Schriftsteller nehmen an, daß die angeblich auch in der Praxis herrschende Ansicht: es müßten nach dem Prinzip der Rechtsgleichheit Beide ihre Heerden nach dem Urtheil der Sachverständigen verhältnißmäßig vermindern, auch theoretisch die allein richtige sei, und sie berufen sich dafür vornämlich auf l. 13. §. 1. comm. praedior. „wo Ulpian die Ausübung eines unbestimmten jus lapides in alieno caedendi darauf beschränke, daß dem dominus weder der necessarius usus noch die commoditas rei entzogen werde“, Seuffert S. 47. Man muß sich aber ernstlich gegen diese ungegründete Meinung erklären. Ist nämlich eine solche Servitut unbestimmt bestellt worden, so kann dies nur den Sinn haben, es solle die eingeräumte Befugniß in dem Umfange zustehen, in welchem sie überhaupt als Realservitut bestellt werden kann, d. h. soweit das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks reicht; und es ist also auch im Falle einer unbestimmten Bestellung doch in der Wirklichkeit der Umfang des Rechts nicht weniger genau bestimmt, als wenn besondre konventionelle oder testamentarische Anordnungen darüber gemacht wären. Hieraus ergiebt sich für den oben berührten Fall von selbst die Entscheidung, daß der, welchem ganz unbestimmt ein Weiderecht eingeräumt ist, unbedingt verlangen kann, daß er soviel Vieh, als das Bedürfniß seines Grundstücks es erheischt — und darüber müssen allerdings Sachverständige entscheiden —, auf die Weide schicken dürfe, ohne alle Rücksicht darauf, ob und wieviel dann noch für die Heerden des Eigenthümers übrig bleibe; so daß es also hier sich nicht anders verhält, als wenn die Anzahl des Viehs vertragsmäßig bestimmt ist, in welchem Falle man allgemein einräumt, daß der Eigenthümer nachstehen müsse. — Daß die l. 13. §. 1. cit. nicht hiergegen angeführt werden kann, leuchtet von selbst ein, wenn man nur bedenkt, daß hier gar nicht von einer wahren Servitut die Rede ist; sondern es wird da der Fall besprochen, wenn durch Gewohnheit das Recht aufgekommen ist, daß

aus einem gewissen Steinbruch ein Jeder, welcher will, gegen Erlegung eines Grundgelds an den Eigenthümer, Steine brechen dürfe, und für diesen Fall heißt es denn: „ita tamen lapides caedere debet, postquam satisfaciat domino, ut neque usus necessarii lapidis intercludatur, neque commoditas rei jure domino adimatur". Eben so wenig spricht auch gegen unsre Ansicht die l. 13. §. 1. de S. P. R., wornach, wenn eine Wegegerechtigkeit sine ulla determinatione legirt worden ist, „arbiter dandus est, qui viam determinare debet", denn diese Bestimmung erklärt sich vollständig aus dem vorher bei No. 3. Bemerkten; und wenn man sich endlich gar noch auf l. 6. C. de servit. berufen hat, so ist dies wahrhaft unbegreiflich, da hier von einem Falle die Rede ist, wo ein Nachbar, *„contra statutam consuetudinis formam"*, also *„injuria"* eine größere Wassermasse in Anspruch nahm, als das dienende Grundstück entbehren konnte. Vgl. auch Hoffmann in Sell's Jahrbb. II. S. 302 fgg.

5) Endlich versteht es sich von selbst, daß der Eigenthümer der dienenden Sache dem Servitutberechtigten Alles einräumen und gestatten muß, was zur zweckmäßigen Ausübung der Servitut erforderlich ist, wenn es auch nicht den eigentlichen Gegenstand derselben ausmacht, l. 10. de servit., l. 20. §. 1. de S. P. U., l. 3. §. 3. de S. P. R., l. 11. comm. praed., l. 3. §. 16, l. 4. pr. de itin. actuque priv. (43, 19).

b) Einzelne Arten der Realservituten:

α) Servitutes praediorum rusticorum. §. 341.

Anm. Unter den einzelnen im Gesetz besonders genannten servitutes praediorum rusticorum sind die Wegegerechtigkeiten hervorzuheben, vgl. bes. Puchta, ziv. Abh. No. 3. (über die Wegeservituten des röm. Rechts), s. auch Göschen, Grundriß S. 147 fgg., Vorles. II. §. 303, Hoffmann I. S. 112 fgg., Holzschuher, Theorie und Kasuistik II. S. 260 fgg., Elvers S. 385 fgg. — Abgesehen von dem in l. 23. §. 1. de S. P. R. erwähnten Wasserweg, kommen im röm. Recht drei Arten vor, nämlich iter, actus und via, pr. J. de servit. (2, 3), l. 1. pr. h. t.

1) *Iter* ist wesentlich das Recht, über des Nachbars Grundstück nach Belieben gehen zu dürfen, „est jus eundi, ambulandi hominis", pr. J. cit., l. 1. cit. Ist es ohne nähere Bestimmung eingeräumt, so ist damit auch das Recht verbunden, sich in einer Sänfte tragen zu lassen, l. 7. pr. h. t., und zu reiten, l. 12. h. t., aber natürlich können auch diese letztern Befugnisse ausgeschlossen werden, theils durch ausdrückliche Beliebung, l. 4. §. 1. de servit., theils stillschweigend, wenn ein schon vorhandener Fußpfad zur Benutzung eingeräumt wird, der zum Reiten oder zum Gebrauch einer Sänfte nicht geeignet ist.

2) *Actus* „est jus agendi vel jumentum vel vehiculum", pr. J. cit., l. 1. pr. cit. und es ist also darin das Recht enthalten, über des Nachbars Grundstück Vieh zu treiben und zu fahren, s. auch l. 7. pr., l. 12. h. t. Auch hier sind natürlich vertragsmäßige Beschränkungen nicht ausgeschlossen („veluti

quo genere vehiculi agatur vel non agatur" rel.), l. 4. §. 1. de servit. und namentlich ist doch noch immer die servitus actus vorhanden, wenn auch das Recht zu fahren ausdrücklich oder stillschweigend abgesprochen ist, l. 13. de servit. — Uebrigens ist, wenn nichts Besonderes darüber bestimmt ist, in dem actus immer auch das iter enthalten, und zwar nicht blos soweit, als es zur Ausübung des eigentlichen actus nöthig ist, was sich von selbst versteht, sondern auch so, daß dem Berechtigten ein bloses Gehen, sine jumento oder vehiculo zu beliebigen Zwecken gestattet ist („qui actum habet, et iter habet etiam sine jumento"), pr. J. cit., l. 2. quemadm. servit. amitt. (8, 6), l. 58. de V. O. (45, 1). Wesentlich ist dies aber nicht, und es kann also durch besondern Vertrag das jus itineris in der letztern Bedeutung von der servitus actus getrennt werden, *Ulp.* l. 4. §. 1. si serv. vindic. (8, 5):

„Qui iter sine actu, *vel actum sine itinere habet*, actione de servitute utetur".

Wie aber hiermit der Ausspruch des Paulus in l. 1. de adim. legat. (34, 4):

„Qui actu legato *iter* adimat, nihil adimit, *quia nunquam actus sine itinere esse potest*",

zu vereinigen sei, ist sehr bestritten. Die Meisten wollen, um den Widerstreit aufzuheben, in der Stelle des Paulus nur den Sinn finden: actus ohne alles Gehen sei ungedenkbar, und darum müsse, wenn eine serv. actus legirt, und nachher iter adimirt sei, diese Ademtion ganz wirkungslos sein, s. z. B. Glück X. S. 153 fgg. und die da Zitt., Göschen, Grundr. S. 147, Vorl. a. a. O. S. 249. Not. 7, Hoffmann I. S. 114, Elvers S. 391 fg. u. A. Es kann aber nicht verkannt werden, daß, wenn dies wirklich der Gedanke des Paulus war, derselbe ganz unjuristisch sein würde, denn die ademtio itineris konnte doch jedenfalls nur so erklärt werden, daß ein selbstständiges Gehen, ein ambulare sine jumento, nicht Statt finden solle, und die Ungiltigkeit einer solchen ademtio würde durch den obigen Grund nicht motivirt sein. Um die juristische Ehre des Paulus zu retten, will daher Puchta a. a. O. S. 118 fgg. in den obigen Worten des Paulus eine Hinweisung auf die Untheilbarkeit der serv. actus finden, so daß Paulus den Gedanken habe ausdrücken wollen: von der einmal konstituirten serv. actus könne das iter nicht mehr getrennt werden; und in der That ist diese Erklärung weit vorzüglicher, als die erstre, vgl. l. 13. §. 1. de acceptil. (46, 4), obwohl nicht verkannt werden kann, daß sich Paulus dann sehr ungenau und unverständlich ausgedrückt hat. Will man aber auch, was den Worten gewiß am Meisten entspricht, dem Paulus den Gedanken beilegen: die serv. actus enthalte immer auch die serv. itineris, so käme man freilich zu dem Resultate, daß Ulpian und Paulus verschiedener Meinung gewesen seien, aber für das Justinianische Recht könnte es doch wohl keinen Zweifel leiden, daß der Ausspruch des Ulpian vorzüglicher sei, zwar nicht, weil er der konsequentere ist — denn nicht selten ist, leider! die schlechtere Meinung in Justinian's Kompilation gebilligt worden —, sondern theils wegen seiner Stellung in den ex professo das Servituten-Recht abhandelnden Titeln, theils und vorzüglich, weil die abweichende Ansicht des Paulus nur incidenter in der

Gestalt einer *ratio decidendi* für eine übrigens richtige (vgl. *Donell.* comm. X. 6. §. 12, Böcking §. 170. Not. 21) Entscheidung, nicht als selbstständiges Dogma angeführt wird. Den Gehülfen Justinian's zuzumuthen, auch die Gründe der römischen Juristen zu prüfen und zu vertreten, wäre auch wirklich fast unbillig. (Eine eigenthümliche Ansicht finde ich jetzt noch bei Luden S. 60; er nimmt nämlich den Ausspruch des Paulus als geltendes Dogma an, und erklärt die Worte des Ulpian dahin, „daß, wenn Jemandem eingeräumt wird, er habe das jus actus, derselbe auch auf das jus itineris klagen könne". Dann müßte wohl auch nach demselben Satze Ulpian's der, dem das jus itineris eingeräumt wurde, auf das jus actus klagen können?! — Auch die Erklärung von Rudorff, Grundriß S. 149: „Ulpian wolle nicht sagen, daß ein actus excepto itinere Servitut sein könne, sondern, daß bei allen Wegegerechtigkeiten, der Vertrag möge auf iter allein, oder auf actus allein, oder auf beides lauten, die Servitutenklage, nicht die Vindikation gebraucht werden müsse", dürfte schwerlich Anhänger finden).

Gemeinschaftlich für die beiden bisher besprochenen Wegegerechtigkeiten gilt noch der Satz, daß sie zu ihrem Wesen nicht gerade einen bestimmten Pfad oder Weg voraussetzen, sondern daß es bei ihnen auch dem Berechtigten gestattet sein kann, sich in jedem einzelnen Falle eine beliebige Bahn über das dienende Grundstück zu wählen, l. 13. §. 1. de S. P. R., l. 6. §. 1. quemadm. serv. amitt. (8, 6) verb.: Ceterum, si ita constitutum est rel., Puchta a. a. O. S. 126 fgg. Sehr häufig mochte dies freilich auch bei den Römern nicht vorkommen, wie schon die Aufstellung des bekannten interd. de itinere *reficiendo*, l. 3. §. 11 sqq. de itinere actuque priv. (43, 19), und die weiter unten anzuführenden Gesetze über die Festsetzung eines bestimmten Pfades oder Weges beweisen; aber daß dies doch wenigstens möglich ist, ist schon ein charakteristisches Merkmal dieser Dienstbarkeiten.

3) Die via (welches Wort hier natürlich im technischen Sinn genommen wird; nicht selten wird es auch von allen Wegegerechtigkeiten als Gattungsbegriff gebraucht, und eben so wird auch häufig der Weg selbst so bezeichnet, und zwar sowohl bei der serv. itineris und actus, als bei der serv. viae) charakterisirt sich durch zwei Merkmale:

a) Zunächst ist hierbei stets eine eigentliche Straße nöthig, und zwar muß, wenn nichts Anderes durch Vertrag festgesetzt ist, l. 13. §. 2. 3, l. 23. pr. h. t., ein Weg eingeräumt werden, welcher, wenn er in gerader Richtung fortläuft („in porrectum") acht, und wenn er sich biegt („in anfractum") sechszehn Fuß breit sein muß, l. 8. h. t., l. 6. fin. quemadm. serv. amitt. (8, 6). Gaius in l. 8. cit. führt hierfür die 12 Tafeln an, s. auch l. 13. §. 2. h. t., Varro de L. L. VI. 2; ob aber diese wirklich von der servitus viae geredet haben, wird aus gewichtigen Gründen bezweifelt von Puchta a. a. O. S. 83 fgg., s. auch Hugo 11te Rechtsg. S. 190 fgg. (Eigenthümliche Erklärungen des „in anfractum" s. auch bei Puchta S. 101 fgg., S. 158 fgg. und Hugo a. a. O.].

b) Was den Inhalt der Servitut anbelangt, so sind zwar principaliter nur eben dieselben Rechte in derselben erhalten, welche bei der serv. itineris

und der serv. actus vorkommen, weßhalb denn auch die durch die serv. viae eingeräumten Befugnisse mit: ire, agere bezeichnet werden, l. 9. de serv., l. 7. h. t., und iter, actus zwar nicht ausschließlich die serv. viae bezeichnet, wie Viele glauben, s. Glück X. S. 161. Not. 67, vgl. dagegen Puchta a. a. O. S. 151. Not., aber doch als vollständiger Ausdruck für die in dieser Servitut enthaltenen Rechte vorkommt, l. 13. §. 1. de acceptil. (46, 4), so wie denn auch die serv. viae definirt wird als das „jus eundi, et agendi et ambulandi; nam et iter et actum in se via continet", l. 1. pr. h. t., pr. J. de servit. Doch aber kommen einige Abweichungen vor; denn nicht nur, daß hier das Fahren für so wesentlich angesehen wird, daß, wenn es fehlt, niemals eine serv. viae, sondern nur ein iter oder actus angenommen wird, l. 23. pr. h. t., so giebt auch die serv. viae das Recht, Balken und Steine zu schleifen, und „hastam rectam ferre", welche Befugnisse der serv. actus ausdrücklich abgesprochen werden, l. 7. pr. h. t. Ob das hastam rectam ferre nicht etwa blos figürlich zu nehmen sei (daß auch in die Höhe ein lanzenhoher Raum für die Berechtigten freigelassen werden müsse), oder ob man dabei wirklich an das aufrechte Tragen von Stangen oder Piquen zu denken habe, ist bestritten, Glück X. S. 162, Puchta S. 152. Not. 8, Göschen, Grundr. S. 148, Vorl. S. 250, Luden S. 61. Not. 12, aber gewiß muß nach l. 7. cit. die letztre Meinung vorgezogen werden, woraus dann freilich von selbst auch das Erstre folgt.

Was man außerdem nicht selten als Eigenthümlichkeit der serv. viae anführt, daß dabei die Klagformel ausschließlich die gewesen sei: jus mihi esse *ire agere* per fundum tuum, Glück X. S. 160, ist eine unbewiesene Konjektur, und wenn man ferner noch annimmt, daß zwar wohl die serv. viae, aber nicht auch die serv. actus durch bloses Gehen gegen den Verlust durch non usus geschützt werde, Glück S. 161, so beruht diese auf l. 2. quemadm. serv. amitt. gegründete Ansicht auf dem schon vorher gerügten Irrthum, daß der Ausdruck iter et actus in der Sprache der Gesetze immer die serv. viae bedeute.

4) Bei der servitus viae muß immer, und bei den andern Wegegerechtigkeiten wenigstens gewöhnlich ein fester Weg, auf welchem die fragliche Servitut auszuüben ist, bestimmt werden, und hier gilt nun die Regel, daß, wenn nicht der Herr der dienenden Sache sogleich bei der Verabredung einen, etwa schon vorhandenen Weg anweist, oder sich doch die Anweisung vorbehält, dem Berechtigten die freie Wahl zusteht, wobei sich nur von selbst versteht, daß er bei der Ausübung dieses Wahlrechts civiliter verfahren muß, und von der einmal getroffenen Wahl nicht wieder abgehen darf. Sollten dabei Streitigkeiten entstehen, so entscheidet natürlich der Richter. Vgl. überhaupt l. 9. de servit., l. 13. §. 1. 3. h. t., u. s. auch Hufnagel, Mittheil. II. S. 157 fgg. Wenn bei einer durch Vermächtniß errichteten Wegegerechtigkeit in l. 26. h. t. den onerirten Erben die Festsetzung des Wegs eingeräumt wird, während in l. 9. cit. die Bestellung unter Lebenden und von Todeswegen gerade in dieser Beziehung einander ganz gleich gestellt wird, so beruhte, wie auch die Meisten annehmen (Glück X. S. 164 fgg. und die da Angeff.), diese verschiedene Entscheidung doch wohl nur auf dem Unterschiede zwischen dem legatum per

vindicationem und per damnationem, und es kann also jetzt nach der bekannten Verordnung über die völlige Gleichstellung beider Arten von Legaten nur noch die l. 9. cit. als die giltige Norm angesehen werden, selbst wenn der Testator seinen Ausdruck an den Erben, und nicht an den Honorirten, gerichtet hätte, in welchem Falle doch Manche vielmehr die l. 26. cit. in Anwendung bringen wollen, s. z. B. Göschen, Grundr. S. 149, Vorles. S. 251.

Ob die hier angedeuteten Grundsätze des römischen Rechts auch noch h. z. T. gelten, ist nicht ganz unbestritten, und namentlich wird nicht selten die Behauptung aufgestellt, daß der Inhalt der einzelnen Servituten nicht mehr aus den Prinzipien des römischen Rechts — denn diese seien in dieser Beziehung nur Auslegungen der römischen Worte iter, actus und via —, sondern aus einer konsequenten Entwickelung der Begriffe, die bei uns mit den Worten, Fußsteigs-, Viehtrifft- und Fahrwegs-Gerechtigkeit verbunden würden, zu entnehmen sei; vgl. z. B. Sommer im Archiv für zivil. Praxis III. 20, Seuffert, Erörtr. II. Vorwort und S. 56 fgg., Hufnagel, Mittheilungen II. S. 151 fgg. u. A. m. Wäre es wirklich gegründet, was bei dieser Annahme vorausgesetzt wird, daß nämlich die Prinzipien des römischen Rechts über den Inhalt jener Servituten nur aus dem römischen Sprachgebrauch hervorgegangen seien, so würde ich unbedenklich derselben beitreten. Jene Voraussetzung aber scheint mir irrig zu sein, und alle die Sätze, deren Unanwendbarkeit man insbesondere durch die obige Behauptung darthun will (namentlich, daß iter auch das Recht zum Reiten, actus auch das Recht zum Fahren gebe, daß der actus das iter, die via den actus und das iter in sich schließe, daß die via 8 und resp. 16 Fuß breit sein solle), alle diese Sätze, sage ich, sind gewiß nicht blos aus einer Worterklärung hervorgegangen und haben eben darum auch noch h. z. T. auf praktische Giltigkeit vollkommen Anspruch, obwohl nicht mehr die römischen Worte, sondern deutsche — die jedoch den römischen sowohl der Etymologie als dem Sprachgebrauch nach im Ganzen völlig entsprechen möchten —, bei Bestellung der Servituten angewendet zu werden pflegen. Daß übrigens bei uns nicht anders, wie bei den Römern, durch besondere Verabredungen — und hierbei können auch die Grundsätze über consensus *tacitus* in Betracht kommen — Modifikationen mancherlei Art herbeigeführt werden können, versteht sich von selbst. Vgl. auch Gensler in den Noten zu der angef. Abhandl. von Sommer und im Archiv IV. 20.

β) Servitutes praediorum urbanorum. §. 342.

Anm. 1. Ueber die Lichtgerechtigkeiten enthält das römische Recht — wenn wir zunächst noch ganz absehen von der in l. 4. de S. P. U. erwähnten, und so unendlich bestrittenen servitus luminum — im Wesentlichen folgende Bestimmungen:

1) Die servitus, *ne luminibus officiatur* besteht darin, daß der Eigenthümer der dienenden Sache nichts vornehmen darf, wodurch die Hellung des herrschenden Grundstücks vermindert wird („quo minus coeli videri possit“),

und er wird also dadurch nicht nur am Höherbauen verhindert, sondern er darf z. B. auch keine verdunkelnden Bäume pflanzen, ja er kann unter Umständen durch diese Servitut verhindert sein, ein Gebäude abzubrechen, l. 4. 15. 16. 17. pr. §. 2. h. t. Das Verhältniß dieser Servitut zu der serv. altius non tollendi und zu der serv. ne prospectui officiatur ergiebt sich hiernach leicht; sie ist nämlich weiter als die erstre, welche den Eigenthümer der dienenden Sache blos am Höherbauen verhindert, und enger als die letztre, wornach der Berechtigte verlangen kann „ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et liberum" l. 15. h. t. — Ob übrigens der Verpflichtete blos auf diejenigen Lichtöffnungen Rücksicht zu nehmen habe, welche im Augenblick der errichteten Servitut vorhanden sind, oder auch auf später noch entstandene, hängt von der Art der Bestellung ab. Ist allgemein versprochen worden, ne luminibus officiatur, so entschied sich die mildere Meinung („humanius est") dahin „verbo generali omne lumen significari, sive quod in praesenti, sive quod post tempus conventionis contigerit", so daß also nur, wenn ausdrücklich versprochen wird: lumina, quae nunc sunt, ut ita sint, eine Beschränkung auf die gegenwärtig vorhandenen Fenster anzunehmen ist, l. 23. h. t.

2) Das römische Recht erwähnt auch einer Servitut, Fenster in einer gemeinschaftlichen und resp. in einer ganz fremden Wand zu haben. Das Letztre geht aus l. 8. C. de serv., das Erstre aber aus l. 40. de S. P. U. hervor:

„Eos, *qui jus luminis immittendi non habuerunt*, aperto parieti communi nullo jure fenestras immisisse respondi".

Sehen wir von den völlig unhaltbaren Textes-Veränderungen von *Cujac.* I. obs. 31. und *Leunclav.* Notat. II. 29. und der fast lächerlichen Interpretation von Hotomann XIII. obs. 31. ganz ab (vgl. darüber *Griesinger*, de serv. lum. p. 283 sqq. und die da Angeff.), so sind die bei Weitem meisten Juristen der Meinung, daß hier eine *servitus* luminis immittendi in der vorher bemerkten Weise als möglich anerkannt werde. Doch stellten schon manche Aelteren, und unter den Neueren besonders *Griesinger* l. c. p. 27 sqq., bes. p. 30. not. x. und p. 279 sqq. dies in Abrede, und zwar aus dem Hauptgrunde, weil Niemand an einer res communis eine Servitut erwerben könne (s. §. 340. Anm. 2), so daß also in der l. 40. cit. das jus luminis immittendi nicht von einer Servitut, sondern von einem Obligationsrecht aufgefaßt werden müsse; vgl. auch Hoffmann I. S. 109. Doch aber halte ich die herrschende Ansicht für richtiger, indem sich die Einwendungen der Gegner zwar nicht in der von Glück X. S. 116 fgg. bemerkten Weise, vgl. dagegen *Griesinger* l. c. p. 27 sqq., aber wohl durch die Bemerkung widerlegen lassen, daß bei der gemeinschaftlichen Wand nicht nothwendig an eine communio pro indiviso zu denken ist, sondern es auch vorkommen kann, daß dieselbe nur e regione cujusque finium utriusque est, ganz so, wie dies an einem andern Orte (vgl.. §. 329. Anm. 2.) von einem auf der Grenze stehenden Baume nachgewiesen worden ist. Erkennt man dies an, vgl. auch Cic. Top. c. 4. gegen G., so hat es keinen Anstand, in der l. 40. cit. eine Hinweisung auf eine wahre Servitut zu finden, wofür die Worte und die Stellung dieses Gesetzes in dem Titel de servit. praed. urb. bringend sprechen.

3) Abgesehen von solchen besonderen Servituten treten aber ganz die gewöhnlichen Grundsätze über Eigenthumsrecht ein, und wie ich also auf der einen Seite frei berechtigt bin, Fenster in meiner eigenen Wand beliebig anzulegen, so bin ich auf der andern Seite auch befugt, durch Anlagen jeder Art, namentlich durch Höherbauen dem Nachbar die Hellung zu entziehen, l. 9. h. t., l. 8. 9. C. de serv., und wahre Ausnahmen davon kommen weder in l. 30. de usufr. (7, 1), und l. 10. de S. P. U. vor, wornach auch ohne vorgängige Bestellung einer Servitut weder der Proprietar dem Usufruktuar, noch der onerirte Erbe dem Legatar, alles Licht in dem im Nießbrauch seienden oder legirten Hause entziehen darf — denn offenbar ist dies nur eine Folge des besondern zwischen diesen Personen bestehenden Rechtsverhältnisses —, noch auch in l. 11. pr. de S. P. U. und l. 1. de servit., wornach der, welcher eine dem Lichte des Nachbars schädliche Anlage machen will, berücksichtigen muß „se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere“, denn hiermit ist nur der natürliche Satz ausgesprochen, daß auch auf dem neuerrichteten Gebäude die Servitut laste, die dem alten aufgelegt war, nicht aber, daß bei einem neuen Gebäude stets der frühere faktische Zustand beobachtet werden müsse. Vgl. auch Pfeiffer, praktische Ausführ. IV. 1. und VII. 15.

Wie sich nun hierzu die servitus luminum, die in l. 4. h. t. erwähnt wird, verhalte, ist seit langer Zeit der Gegenstand vielfacher Untersuchungen gewesen. Die Worte der l. 4. cit. sind folgende:

> „Luminum in servitute constituta id adquisitum videtur, *ut vicinus lumina nostra excipiat.* Quum autem servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne jus sit vicino invitis nobis altius aedificare, atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum“.

Daß die serv. luminum von der serv. ne luminibus officiatur unterschieden wird, lehrt der flüchtigste Blick, und unbegreiflich ist es, wie selbst Donellus, comm. jur. civ. XI. c. 5. die Identität Beider behaupten konnte. Die auch noch h. z. T. von den Meisten vertheidigte Meinung geht dahin, daß die serv. luminum eben nichts anders sei, als das vorher besprochene jus luminis immittendi, also das Recht, in gemeinschaftlicher oder fremder Wand Fenster anlegen zu dürfen, vgl. z. B. außer Glück X. §. 607. und den da Angeff. auch noch Schrader, civ. Abh. Abth. II. S. 299, *Malblanc*, princ. jur. Rom. II. §. 278, Mackeldey §. 289, Mühlenbruch, Lehrbuch II. §. 278, Schweppe, Handb. II. S. 175, Göschen, Grundr. S. 143 fgg., Vorles. §. 302, Puchta, System S. 90. Note, Schilling, Lehrbuch für Inst. und Gesch. II. S. 628. a. E., Pfeiffer, prakt. Ausführ. IV. S. 5 fgg., Rudorff, Grundriß S. 151, Sintenis, prakt. Zivilrecht I. S. 571. Note 10, Holzschuher, Theorie und Kasuistik II. S. 287, Elvers S. 444 fgg. u. A. m. In der That läßt sich auch nicht verkennen, daß diese Ansicht mit den Worten der l. 4. cit. sehr gut übereinstimmt, und wahrscheinlich würde sich dieselbe einer noch allgemeinern Anerkennung zu erfreuen haben, wenn nicht ihre meisten Vertheidiger von der allerdings verwerflichen Idee ausgiengen, daß hier an eine pro indiviso gemeinschaftliche Wand zu denken sei, unter welcher Voraussetzung freilich die ganze

Servitut zivilistisch unmöglich sein würde. Die auch oft hiergegen angeführte Stelle in Gai. Epit. II. 1. §. 3. kann gar nicht in Betracht kommen, da dieselbe in dieser Fassung augenscheinlich nicht aus der Feder eines römischen Juristen kommen konnte, sondern von den westgothischen Bearbeitern herrührt. — Ueber die vielfachen abweichenden Ansichten Anderer vgl. bes. *Griesinger*, de serv. lum. cap. I. p. 1—40; hier sind nur als die bedeutendsten Neueren folgende anzuführen:

Feuerbach, ziv. Vers. No. 1. versteht unter der serv. luminum eine Schattendienstbarkeit, indem er die Worte der l. 4. cit.: ut vicinus lumina nostra excipiat so versteht: daß der Nachbar das Licht unsers Gebäudes auffange. In Verbindung damit bringt er auch das in l. 2. de S. P. U. erwähnte *jus officiendi luminibus*. Die l. 40. cit. legt er ganz im Sinne der herrschenden Lehre aus, glaubt aber, daß diese Servitut jus fenestrae genannt worden sei, arg. Gai. Epit. II. 1. §. 3. — Dieser Ansicht neigen sich auch Zachariä, Institut. des römischen Rechts S. 321. und Thibaut, Syst. §. 753 zu, vgl. Braun's Erörtr. S. 521 fgg.

Dabelow, über die serv. luminum der Römer, gegen H. Prof. Feuerbach. Halle und Leipzig 1804, schließt sich dagegen wieder an die schon von *Cujac.* obss. 1. 31, *Duaren*, disput. annivers. 1. 33. u. A. m. vertheidigte Ansicht an, wornach die serv. luminum das Recht sei, Fenster in unsrer eignen Wand nach dem unmittelbar angrenzenden Grundstück des Nachbars hin, anlegen zu dürfen. Freilich aber habe man dadurch auch nur das Recht der Anlage erhalten, und der Nachbar habe die Fenster in jedem Augenblick verbauen dürfen; um dem zu entgehen, habe man sich dann noch die servitus ne luminibus officiatur hinzubedungen, die also regelmäßig mit der serv. luminum verbunden worden sei.

Moser in seinen Beiträgen zur röm. Gesetzkunde. Stuttg. 1815. S. 1 fgg. denkt sich unter der serv. luminum eine Reflexdienstbarkeit in dem Sinne, daß sich der Nachbar die von der hellen Wand unsres Gebäudes zurückprallenden Sonnenstrahlen gefallen lassen müsse.

Stever, de servit. cap. III. §. 6 sqq., sich besonders auf die Verordnung Zeno's in l. 12. C. de aedif. privat. stützend, nimmt an, wenn einmal die gesetzlichen Zwischenräume zwischen zwei Gebäuden nicht eingehalten seien, so habe sich doch der Nachbar die Anlegung von Fenstern innerhalb dieses gesetzlichen ambitus verbitten dürfen. Habe er dies aber ausnahmsweise gestattet, so sei dadurch das jus luminum, also die Servitut begründet, wornach der Nachbar sich auch Fenster innerhalb des gesetzlichen Zwischenraums gefallen lassen müsse.

Griesinger in der schon öfter angef. Schrift de servitute luminum et ne luminib. officiatur. Reutl. 1819. statuirt, mit besonderer Berufung auf l. 30. de usufr. und l. 10. de S. P. U. und mit Rücksicht auf die schon vorher zit. Stelle aus Gai. Epit. zwischen der serv. luminum und ne luminibus officiatur nur einen Gradunterschied. In Folge der letztern dürfe der Nachbar nichts vornehmen, wodurch die Hellung in unserm Gebäude in irgend einer Weise vermindert werde; durch die erstre aber erhielten wir nur das Recht, zu verlangen, daß uns das Licht nicht ganz entzogen, und dadurch unser Gebäude zum Wohnen untauglich werde; vgl. auch *Molitor* p. 352 sqq. Um diesen Sinn herauszu-

bringen, bezieht er p. 48 sqq. die Worte der l. 4. cit.: ut vicinus lumina nostra excipiat nicht auf den Eigenthümer der dienenden, sondern der herrschenden Sache, und paraphrasirt sie p. 51. demgemäß so: „ut vicinus *dominans* lumina *servientis* excipiat, hoc est, recipiat s. recipere possit ad illustrandas suas aedes vel partes illarum". In der That ist aber diese Auffassung, wornach der *vicinus* der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks sein, und bei den *nostra* lumina an das praedium *serviens* gedacht werden soll, abgesehen von andren dagegen sprechenden Gründen schon darum schlechthin unstatthaft, weil in dem sich unmittelbar anschließenden Passus der l. 4. cit., in welchem die serv. ne luminibus officiatur mit der serv. luminum verglichen werden soll, ganz augenscheinlich der *vicinus* der Eigenthümer des dienenden Grundstücks ist, und die *nostra* aedificia das praedium dominans bezeichnen. Daß Paulus in einer so konfusen und sinnverwirrenden Weise mit den Subjekten gewechselt haben sollte, ist doch wahrlich schwer zu glauben! Dennoch ist, wie die folgenden Nachweisungen ergeben, diese gewiß verkehrte Auffassung der Paulinischen Worte von nicht wenigen Spätern gläubig adoptirt worden.

Goldschmidt im ziv. Archiv V. 18. geht davon aus, daß servitus luminum der generische Name für alle Lichtgerechtigkeiten gewesen sei. Diese hätten nach Verschiedenheit der zu Grunde liegenden Verabredungen verschieden sein können, denn so sei man bald nur verpflichtet gewesen, dem Berechtigten das nothwendige Licht zu lassen, bald habe man ihm gar kein Licht entziehen dürfen u. dgl. m. Dadurch seien mehrere Unterarten der generellen serv. luminum entstanden, und eine davon und die am weitesten gehende sei die serv. ne luminibus officiatur gewesen, deren Verhältniß zu der serv. luminibus also das der species zu dem genus sei. Der Sinn der l. 4. cit. sei hiernach: „durch jede servitus luminum wird das erlangt, daß der Nachbar unsre Lichtöffnungen dulde; durch die serv. ne luminib. offic. insbesondere erlangen wir aber" u. s. w. — Dieser Ansicht ist von Wening-Ingenheim, Lehrbuch §. 149. beigetreten.

Luden a. a. O. §. 24. nimmt wieder die von Duaren, Cujacius u. A. vertheidigte Meinung in Schutz, daß serv. luminum den Fall bezeichne, daß Jemand in der eignen Wand nach des Nachbars Grundstück hin Fenster anlegen dürfe. Die Vorfrage, ob es hierzu einer Servitut bedürfe, oder ob dies nicht vielmehr schon ein Ausfluß des Eigenthumsrecht sei, wird freilich mit keinem Worte berührt, und die oben gebilligte Meinung wird durch die Bemerkung abgewiesen, lumen bedeute, daß der Berechtigte das Tageslicht sehen könne, und durch die Anlegung von Fenstern in des Nachbars oder in einer gemeinschaftlichen Wand gewinne man nicht das freie Tageslicht, ut coelum videretur. Hiermit sei auch l. 40. de S. P. U. nicht in Widerspruch, denn deren Sinn scheine zu sein, „wem nicht einmal das Recht eingeräumt ist, daß er in seiner Wand nach des Nachbars Seite hin Fenster anlegen darf, um sich Licht zu verschaffen, der darf noch viel weniger die Wand des Nachbars öffnen, selbst, wenn sie gemeinschaftlich ist" (!).

Fahne, das Fenster- und Lichtrecht nach röm., gemeindeutsch., preuß. und franz. Rechte. Berlin 1835. 2. Aufl. 1840. §. 2. 7. erklärt die serv. luminum

Inhalt der zitt. Gesetze — doch wohl der einzigen, die unsre Servitut abhandeln — bestimmt genug hervorgeht.

Anm. 2. Die serv. *oneris ferendi* ist vor allen übrigen Servituten dadurch ausgezeichnet, daß der Eigenthümer der dienenden Sache die Wand, auf welcher das herrschende Gebäude ruht, ausbessern muß, l. 33. de S. P. U., l. 6. §. 2. 5. 7, l. 8. pr. §. 2. si serv. vind. (8, 5), während sonst die allgemeine Regel gilt, daß der Berechtigte die etwa nöthigen Reparaturen vornehmen muß, l. 6. §. 2, l. 8. §. 2. si serv. vindic., zu welchem Zweck er in manchen Fällen im Falle der Störung von Seiten des Verpflichteten eigne Interdikte (z. B. interd. de itinere reficiendo u. s. w.) gebrauchen kann. So wenig nun auch bei den angeff. völlig bestimmten Gesetzen an der wirklichen Existenz dieser Verbindlichkeit gezweifelt werden kann, eben so gewiß ist es aber auch auf der andern Seite, daß hierdurch gar keine Ausnahme von dem Prinzip: servitus in faciendo consistere nequit begründet ist, denn die servitus selbst besteht offenbar nur in einem *pati*, und es ist nur neben diesem dinglichen Rechte noch eine gesetzliche Obligation begründet, über deren Gründe man freilich schon vielfach gestritten hat, vgl. darüber Glück X. S. 16 fgg., Mühlenbruch im zivil. Archiv XIV. S. 321 fgg., s. auch Luden a. a. O. §. 20. 51, Elvers S. 55 fgg. (welcher wunderlicher Weise meint, daß diese Eigenheit im wohlverstandenen Interesse des Eigenthümers selbst eingeführt sei; denn werde die Reparatur dem Servitutberechtigten überlassen, so könnten sich daraus gar manche Inkonvenienzen für den Eigenthümer ergeben!), Boecking, Pand. §. 160. Note 15, Hesse, Rechtsverh. zwischen Grundstücks-Nachbarn S. 49 fgg., Windscheid, Lehrbuch §. 211a. Note 3. Am natürlichsten betrachtet man dieselbe wohl mit *Stever,* l. c. cap. III. §. 2 sqq. und bes. Mühlenbruch a. a. O. als eine Anwendung des bekannten Nachbarrechts, wornach der Eigenthümer einer baufälligen Sache entweder repariren oder dem klagenden Nachbar die cautio damni infecti stellen muß, und nur das Anomale tritt allerdings dabei ein, daß hier aus der *lex servitutis* auf Vornahme der Reparatur geklagt werden kann. Wie bestimmt übrigens hierbei die Römer den obligatorischen Rechtsstoff von dem Servitutrecht unterschieden, zeigt sich insbesondere darin, daß die Klage auf Reparatur der schadhaften Mauer gegen mehrere Miteigenthümer des praedium serviens durchaus nur pro rata geht, l. 6. §. 4. si serv. vindic., während die eigentliche Servitutenklage im Falle des Miteigenthums aktiv und passiv in solidum Statt findet, l. 4. §. 3. 4. eod. — Bemerkenswerth ist hierbei auch noch, daß der Herr der dienenden Sache durchaus nicht verpflichtet ist, während der Vornahme der Reparatur das herrschende Gebäude zu stützen, l. 8. pr. eod., und daß er sich der ganzen Verpflichtung dadurch entziehen kann, daß er die Sache derelinquirt, l. 6. §. 2. fin. eod.

Anm. 3. In unsern Quellen wird nicht selten das Umgekehrte einer serv. praed. urb. wieder als Servitut aufgeführt, und so kommt namentlich neben dem jus altius non tollendi auch eine serv. oder jus *altius tollendi, Gai.* II. 31, IV. 3, §. 2. J. de act. (4, 6), l. 1. pr., l. 2. de S. P. U., l. 2. de S. P. R., l. 26. de exc. rei judic. (44, 2), vgl. auch l. 21. de S. P. U., l. 20. pr. de S. P. R., neben der serv. ne luminibus officiatur ein

jus *officiendi luminibus*, l. 2. de S. P. U., und neben der serv. stillicidii avertendi ein j. *still. non avertendi* vor, l. 2. cit., §. 1. J. de serv. (2, 3), *Theophil.* ad h. l. Da aber in den angeführten Stellen (mit Ausnahme von Theophil. cit.) nur die Namen, aber keine Begriffsbestimmungen vorkommen, so herrscht freilich viel Streit. Das Richtigste ist gewiß, anzunehmen, daß hier die Aufhebung einer serv. urbana wieder als Servitut betrachtet wird, und für diese unter den älteren Juristen besonders von Cujacius not. poster. ad §. 2. J. de act., unter den Neuern besonders von Hugo II. Rg. 594. Note 2. angedeutete Ansicht, vgl. auch v. Löhr in seinem Magazin III. S. 126. 506. 611. Dirksen in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft II. S. 418 fgg., Mackeldey §. 289. Note h. und k, und wenigstens theilweise Glück X. §. 569, Göschen, Grundriß S. 146, Vorles. §. 302, Schweppe, Handb. II. S. 175 fgg., Mühlenbruch §. 277. a. E. bei Note 14. (die zuletzt angeff. Schriftsteller kombiniren die hier vertheidigte Meinung noch mit andern), lassen sich besonders folgende Gründe aufstellen:

1) Daß diese Ansicht einem Jeden, der die einschlägigen Quellenzeugnisse unbefangen betrachtet, sich zunächst aufdringt, und daß sie insofern die natürlichste ist, kann wohl kaum bezweifelt werden, denn offenbar absichtlich werden diese Servituten regelmäßig in den bestimmtesten Gegensatz zu den ihnen entsprechenden gestellt, so daß dieselben Worte gewählt und nur das *non* zugefügt und resp. weggelassen wird, vgl. z. B. §. 1. J. de serv. (ut stilicidium vel flumen recipiat quis — —, vel non recipiat"), l. 2. de S. P. U. („— — altius tollendi et officiendi luminibus vicini, aut non extollendi; item stillicidium avertendi — —, aut non avertendi"). Hierzu kommt aber noch als ein sehr entscheidendes Moment, daß in der einzigen Stelle, in welcher sich eine Begriffsbestimmung einer solchen Servitut findet, nämlich bei *Theoph.* ad §. 1. J. cit., gerade unsre Ansicht auf das Bestimmteste ausgesprochen wird, so daß die Gegner den Theophilus nothwendig eines Irrthums beschuldigen müssen, womit man doch h. z. T., wo so viele angebliche Irrthümer des Theophilus sich durch Hilfe neu entdeckter Quellen als vollkommene Wahrheit herausgestellt haben, etwas vorsichtiger sein sollte, als man früher häufig zu sein pflegte.

2) Das allerdings Auffallende, was diese Ansicht hat, daß die Rückkehr zu der natürlichen Unbeschränktheit, wieder als Servitut, also als neue Beschränkung betrachtet werden soll, verschwindet wohl völlig, wenn man sich an die schon oben angedeutete Ansicht des röm. Rechts erinnert, daß durch die Bestellung einer serv. praed. urban., und zwar gerade nur einer solchen, ein intellektueller Theil des Eigenthums wirklich dem Rechte nach von demselben abgelöst und mit dem Eigenthum des Servitut-Berechtigten verbunden wird; eine Eigenthümlichkeit, die sehr natürlich aus dem Begriff der servv. urbb. als serv. habendi und prohibendi zu erklären ist. Hält man diesen Gesichtspunkt fest, bedenkt man also, daß der Herr der dienenden Sache, wenn die auf derselben lastende serv. urbana aufgehoben werden soll, doch im Grunde ein intellektuelles Stück fremden Eigenthums erwirbt, so muß die Annahme, daß die Aufhebung einer serv. urbana zugleich auch als Konstituirung einer neuen Servitut zu betrachten sei, als völlig konsequent erscheinen.

3) In unmittelbarem Zusammenhang hiermit steht die bekanntlich gerade nur bei servv. urbb. nöthige *usucapio libertatis*, deren eigentliches Wesen, im Gegensatz zu dem bei den übrigen Servituten hinreichenden *non usus*, doch offenbar nur darin besteht, daß der Herr der dienenden Sache auf dem Wege der Akquisitiv-Verjährung die seinem Eigenthum entfrembete Befugniß wieder zurückerwerben muß, worin gewiß eine sprechende Bestätigung unsrer bisherigen Behauptung liegt. Doch aber hat man gegen dieselbe nicht selten (vgl. bes. Schilling, Bemerk. über röm. Rechtsg. Leipz. 1829. S. 145, und Fritz, Erläutr. zu Wening S. 361) aus den von den Römern hierbei gebrauchten Ausdrücken ein bedeutendes Argument entnehmen wollen, namentlich aus l. 4. §. 28. de usurp. (41, 3): *Libertatem servitutum* usucapi posse, verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, *quae libertatem praestat sublata servitute*. Der hier allerdings vorkommende Gegensatz zwischen usucapio *servitutis* und *libertatis*, worauf die Gegner soviel Gewicht legen, ist jedoch gewiß irrelevant, wenn man nur erwägt, daß mit diesen verschiedenen Ausdrücken nicht sowohl auf verschiedene Rechte, als vielmehr nur auf verschiedene Subjekte desselben Rechts hingedeutet werden soll, ganz so, wie es sich auch mit den Worten libertas und servitus bei den Menschen verhält. (Ein Mensch ist frei, wenn er selbst das Eigenthum über sich hat: er ist Sklave, wenn ein Andrer Eigenthumsbefugnisse über ihn ausüben kann; — die Freiheit eines praedium besteht darin, daß der Herr selbst alle Eigenthumsrechte hat, die servitus aber darin, daß ein Andrer solche Eigenthumsrechte ausüben darf). Wie bestimmt auch den römischen Juristen dieses Verhältniß zwischen der libertas und servitus vor Augen schwebte, und wie sie in der usucapio libertatis doch immer auch eine usucapio servitutis sehen, geht namentlich aus l. 32. §. 1. de S. P. U. hervor:

„Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur, quare si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus possidere desiit, interpellata usucapio est; is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet; natura enim *servitutum* ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem *earum* habere, qui aedes possidet".

4) Aus unsrer Annahme erklärt sich auch sehr natürlich, daß bei *Gai*. IV. 3. und in §. 2. J. de act. die actio *confessoria* als die Klage angeführt wird, womit man das jus altius aedes suas tollendi realisire; und damit steht auch nicht in Widerspruch, daß doch in l. 4. §. 7. si serv. vindic. (8, 5) zu demselben Zweck die a. *negatoria* erwähnt wird, denn das Letztre tritt natürlich stets dann ein, wenn ich das Recht, höher bauen zu dürfen, als die bloße Folge meines unbeschränkten Eigenthumsrechts in Anspruch nehme, während ich die actio confessoria dann gebrauche, wenn ich das jus altius tollendi auf die Rückerwerbung dieses Rechts gründe. — Ob dieselbe Unterscheidung auch in Betreff des jus altius *non* tollendi zu machen, und also auch zur Realisirung dieses Rechts bald die actio confessoria, bald die actio negatoria zu gebrauchen sei — die erstre dann, wenn der Gegner wegen angeblicher Unbeschränktheit seines

Eigenthums, die zweite dagegen, wenn er wegen eines angeblichen ihm konstituirten jus tollendi höher bauen will — ist mir nicht ganz zweifellos, obwohl sich hierdurch am Besten der weitere Ausspruch des §. 2. J. de act. erklärt, wornach wegen des jus altius non tollendi wirklich die actio *negatoria* als die zuständige Klage erscheint. Wäre diese Institutionen-Stelle nicht, so würde ich unbedenklich zum Schutz des jus altius *non* tollendi in allen Fällen nur die actio *confessoria* statuiren, weil als nächstes Fundament, mag der Gegner sein Höherbauen gründen, worauf er will, doch immer die Existenz der serv. altius non tollendi erscheint. Die Institutionen-Stelle ganz zu ignoriren, weil die für die actio negatoria gewählten Beispiele nur von den Kompilatoren herrührten, welche die von Gaius für die actio confessoria angegebenen Beispiele rein mechanisch umgekehrt hätten, ist doch wohl zu gewagt, obwohl man durch die Vergleichung mit Gai. IV. 3. leicht auf diesen Gedanken kommen kann, indem Gaius wirklich für die actio negatoria keine Beispiele anführt, sondern nur allgemein sagt: item actio ex diverso adversario est negativa.

Durch diese Bemerkungen möchten sich wohl die Einwendungen beseitigen, welche in neuerer Zeit besonders von Schilling a. a. O. S. 144 fgg. und Fritz a. a. O. S. 357 fgg., vgl. auch Puchta, Syst. S. 90 fgg. Anm., Kurs. der Institut. II. §. 253. a. E., Lehrb. §. 154. a. E., Rudorff, Grundr. S. 154 fg., *Schrader*, comm. perp. ad §. 2. J. de act. p. 634, *Pernice*, commentt. duae. Hal. 1855. p. 143 sqq. u. A. m. gegen die hier vertheidigte Meinung vorgebracht worden sind, und als praktisch-wichtiges Resultat unserer Ausführung stellt sich insbesondere der Satz heraus: die gänzliche oder theilweise (ein Beispiel hiervon s. in l. 26. de exc. rei judic.: „egi tecum, jus mihi esse, aedes meas *usque ad X pedes* altius tollere“ rel.). Aufhebung einer serv. praed. urb. enthält immer auch die Konstituirung einer neuen Servitut, und es erlöscht demnach eine solche Servitut nur dann, wenn auch die Requisite zur Begründung einer Servitut von der andern Seite vorhanden sind.

Uebrigens ist schon oben bemerkt worden, daß auch noch h. z. T. die ganze hier behandelte Frage sehr streitig ist, und man ist dabei so weit gegangen, daß man, freilich gegen sehr bestimmte Quellenzeugnisse, dem jus tollendi u. s. w. den Charakter einer Servitut ganz abgesprochen hat, vgl. z. B. Fritz a. a. O. Abgesehen hiervon, und abgesehen ferner von der freilich noch viel irrigern Meinung, daß die serv. altius tollendi und altius non tollendi identisch gewesen seien (!), vgl. darüber Glück X. S. 86 fgg., sind noch folgende Ansichten hier zu berühren:

a) Sehr gewöhnlich faßt man auch noch h. z. T. das jus alt. toll. als die Servitut auf, vermöge deren man höher bauen dürfe, als es gesetzliche, den Vortheil des Nachbar berücksichtigende, Vorschriften gestatteten. Wenn es bewiesen wäre, daß es bei den Römern allgemeine (nicht blos auf die Stadt Rom, und später Konstantinopel bezügliche) Baugesetze dieser Art gegeben habe, und wenn es ferner dargethan werden könnte, daß dgl. Baugesetze bei den Römern nicht dem jus publicum angehört, sondern durch Privat-Dispositionen hätten aufgehoben werden können (ein Beweis, den Schilling a. a. O. S. 149 fgg. versucht, vgl. auch *Pernice* cit. p. 146 sqq., Witte in der Gieß. Zeitschr.

R. F. XIII. S. 403 fgg., aber nicht erbracht hat, so daß ich noch immer mit Dirksen in Zeitschrift für gesch. Rw. II. S. 418. eine solche Annahme für eine petitio principii erklären muß); wenn, sage ich, diese Beweise geführt werden könnten, so würde ich nicht anstehen, dieser Meinung mich in der Art anzuschließen, daß ich sie mit der in dem Obigen vertheidigten kumulirte, wie dies wirklich von Mehrern geschehen ist, namentlich von den oben S. 729 angeff. Glück, Göschen, Schweppe und Mühlenbruch. Hierin aber den ausschließlichen Begriff der serv. altius tollendi setzen zu wollen, vgl. z. B. außer vielen Aelteren *Stever* cap. III. §. 5, Schilling a. a. O., Thibaut, Syst. §. 753, Puchta, Syst. S. 91, Hoffmann I. S. 111, Sintenis I. S. 572. Not. 19, Arndts, Lehrb. §. 185. Anm. 6, Witte a. a. O. u. A. m. halte ich, auch abgesehen von den obigen Erörterungen, schon darum für inkonsequent, weil durch solche Baugesetze doch offenbar nichts, als eine gesetzliche *servitus* altius non tollendi begründet wäre; und wenn man in der Aufhebung dieser gesetzlichen Servitut die Konstituirung einer neuen sieht, warum sollte nicht dasselbe auch bei der Aufhebung einer durch Privat-Disposition errichteten gelten?

b) Manche beschränken das jus altius tollendi auf den Fall, wenn eine servitus altius non tollendi theilweise aufgehoben werden soll, wovon ein Beispiel in l. 26. de exc. rei judic. vorkommt. Dies sei nämlich wegen Untheilbarkeit der Realservitut nicht anders möglich, als durch Begründung einer neuen Servitut, während im Falle einer gänzlichen Aufhebung niemals von einer neuen Servitut die Rede sein könne. Vgl. z. B. Rudorff, Grundr. S. 154 fg., Puchta, Kurs. der Instit. II. 253. a. E., Lehrb. §. 184 a. E. (welcher Letztre übrigens auch noch aus l. 15. de op. novi nunc. einen zweiten Fall des jus altius tollendi ableiten will), Boecking §. 171 geg. E. (welcher im Wesentlichen mit Puchta übereinstimmt), *Pernice* cit. (welcher aber aus l. 11. pr. de serv. pr. urb. noch einen zweiten, und zwar seiner Meinung nach den Hauptfall der Servitut konstruiren will).

c) Scheurl in der gesch. Zeitschr. XII. S. 255 fgg. denkt sich das jus altius tollendi so, daß zwei Hauseigenthümer es wohl in ihrem Interesse finden könnten, die allerdings schon in dem Eigenthumsrecht liegenden Befugnisse, höher zu bauen u. dgl. m. „vertragsmäßig zu ordnen, denselben eine feste rechtliche Form, und dabei zugleich bestimmte Schranken zu geben". Da aber hierbei offenbar der Eigenthümer nichts gewinnen kann, sondern vielmehr Befugnisse verliert, welche ihm vermöge seines Eigenthums zuständen: so würde es doch gewiß sehr sonderbar sein, für diesen verlierenden Eigenthümer ein Servituten-Recht annehmen zu wollen.

d) Viele (vgl. Glück X. S. 87 fgg.) wollen unter dem jus altius tollendi das Recht verstehen, des Nachbars Gebäude erhöhen zu dürfen, eine Ansicht, die namentlich mit §. 2. J. de act. gewiß nicht in Uebereinstimmung gebracht werden kann, Glück a. a. O. Doch hält auch noch Mühlenbruch a. a. O. mit Berufung auf l. 7. si serv. vind. diesen Begriff für möglich.

e) Elvers S. 345 fgg. will die Erscheinung, daß die Aufhebung einer Servitut wieder als Servituten-Errichtung aufgefaßt sei, nicht als eine Eigenheit

der serv. urbanae überhaupt, sondern nur der negativen Servituten ansehen, und sie daraus erklären, daß die Römer sich zum Zweck des Verzichts der in jure cessio bedient hätten, deren Formen jene Auffassung habe herbeiführen müssen; vgl. auch Keller, Pand. §. 172.

f) Die serv. *stillicidii avertendi* wird von sehr Vielen im Gegensatz zu unserer obigen Ausführung für die Servitut erklärt, vermittelst deren der Nachbar ein Recht auf unser Regenwasser erhält, so daß wir es demselben nicht entziehen dürfen, und Andere verstehen darunter die Servitut, vermöge deren man nicht schuldig sei, das Regenwasser eines Andern aufzunehmen, obwohl man ohnedies vermöge besonderer gesetzlicher Bestimmung dazu verpflichtet sei (eine Begriffsbestimmung, die der bei lit. a. angedeuteten Meinung über das j. alt. toll. entspricht); s. hierüber Glück X. S. 125 fgg.

2) Personalservituten.

a) Ususfructus.

Inst. II. 4. de usufructu; Dig. VII. 1. de usufructu et quemadmodum quis utatur, fruatur; Cod. III. 33. de usufructu (et habitatione et ministerio servorum). — Vat. fr. §. 41 sqq. — *Galvanus,* de usufructu diss. var. Pat. 1650. fol., zuletzt Tüb. 1788. 4, *Noodt,* de usufr. libri II., in opp. tom. I. p. 337 sqq., *Majansii* dispp. nr. II, Glück, Komm. IX., *Pellat,* sur la proprieté et sur l'usufruit. Par. 1853. p. 49 fgg., p. 84 fgg., Elvers S. 448 fgg.

α) Begriff und Arten. §. 343.

Paul. l. 1. de usufr.: Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

β) Rechte des Usufruktuar. §. 344.

1) *Paul.* l. 59. §. 1. h. t.: Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet; pensiones quoque jam antea locatorum agrorum, si ipsae quoque specialiter comprehensae sint. Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae, potest usufructuarius conductorem repellere.

2) *Idem* l. 13. quib. mod. ususfr. amitt. (7, 4): Si fructuarius messem fecit, et decessit, stipulam, quae in messe jacet, heredis

ejus esse Labeo ait, spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse, fructumque percipi spica aut foeno caeso, aut uva ademta, aut excussa olea, quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit. Sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter observandum de ea olea, quae per se deciderit. Julianus ait, fructuarii fructus tunc fieri, quum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris mox, quum a solo separati sint.

3) *Scaevola* l. 58. pr. h. t.: Defuncta fructuaria mense Decembri, jam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri colono sublatis, quaesitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante Kal. Martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an dividi debeat inter heredem fructuariae et Rempublicam, cui proprietas legata est? Respondi, Rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariae vero heredem sua die secundum ea, quae proponerentur, integram pensionem percepturum.

4) *Ulp.* l. 13. §. 4. h. t.: Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest. Et aut fundi est ususfructus legatus, et non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quidquam facere in perniciem proprietatis. Et si forte voluptare fuit praedium, viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectat. §. 5. Inde est quaesitum, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto, etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapicidinarum et hujusmodi metallorum inquirere poterit; ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et aeris, et ferri et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec dejicere poterit, siquidem ei permittitur meliorare proprietatem.

Anm. 1. Was die Rechte des Usufruktuar an *Holzungen* und *Wäldern* anbelangt, so treten hier durchaus nur die allgemeinen Prinzipien ein, so häufig man auch Eigenthümlichkeiten hat statuiren wollen; vgl. jetzt auch *Laspeyres*, vom Nießbrauch an Waldungen im civ. Arch. XIX. S. 71 fgg.,

Hoffmann I. S. 137 fgg., Zielonacki S. 104 fgg. Folgende Punkte sind hier hervorzuheben:

1) Bei einer silva caedua im weitern Sinne des Worts, d. h. bei einem Walde, dessen wesentlicher Zweck Holzzucht ist, wobei also die Bäume zum Abhauen bestimmt sind, im Gegensatz zu Weinbergen, Parkanlagen, Obstplantagen, u. s. w. (über diesen Begriff vgl. l. 30. de V. S. und Laspeyres S. 76 fgg.) hat der Usufruktuar das volle Benutzungsrecht, nicht blos bis zum Belauf des Bedürfnisses, sondern in der Art, daß ihm auch das Verkaufsrecht zusteht, l. 9. §. 7. de usufr., l. 22. pr. de usu et habitat. (7, 8), und nur die Schranke versteht sich schon aus dem Wesen des Ususfruktus von selbst, daß er den Wald selbst nicht verschlechtern darf, so daß ihm also nur ein forstmäßiger Holzhieb zu gestatten, und er zu gehöriger Nachpflanzung unbedingt verpflichtet ist, s. auch Laspeyres S. 90 fgg. Sehr allgemein fügt man aber noch die viel weiter gehende Beschränkung hinzu, daß das Recht des Holzhiebs und Holzverkaufs in dem eben angegebenen Sinne dem Usufruktuar nur dann eingeräumt werden könne, wenn die Waldung das eigentliche Objekt des Nießbrauchs ausmache, während, wenn dieselbe nur Zubehör des in Nießbrauch befindlichen Grundstücks sei, der Usufruktuar nur so viel Holz schlagen dürfe, als das Bedürfniß des Grundstücks erheische, l. 9. §. 7. de usufr.:

„Instrumenti autem fructum habere debet, vendendi tamen facultatem non habet. Nam etsi fundi ususfructus fuerit legatus, et sit ager, unde palo in fundum, cujus ususfructus legatus est, solebat paterfamilias uti, vel salice vel arundine, puto fructuarium hactenus uti posse, ne ex eo vendat, nisi forte salicti ei, vel silvae palaris vel arundineti ususfructus sit legatus; tunc enim et vendere potest. Nam et Trebatius scribit, silvam caeduam et arundinetum posse fructuarium caedere, sicut paterfamilias caedebat, et vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti; ad modum enim referendum est, non ad qualitatem utendi".

Gewiß mit Recht ist aber schon in der Glosse ad h. l. (vgl. auch *Donell.*, comm. jur. civ. X. 7, *Voet.*, ad Pand. VII. 1. §. 22.), und in neuerer Zeit besonders von Laspeyres in der angef. Abh. darauf aufmerksam gemacht worden, daß der ager unde palo paterfam. uti solebat, nicht, wie man gewöhnlich annimmt, ein Theil des zum Nießbrauch gegebenen fundus, sondern ein davon getrenntes selbstständiges Grundstück ist, dessen sich nur der Testator bei der Bewirthschaftung jenes andern fundus in der angegebnen Weise bediente; vgl. auch Schol. ad Basil XVI. 1. 9. §. 7. (bei Zachariae suppl. Basil. Heimb. p. 65. und in gesch. Zeitschr. XIV. S. 126 fgg.). Auf diese Stelle kann also unmöglich die gewöhnlich gemachte Unterscheidung, ob der Nießbrauch an einem Walde eingeräumt worden sei, gegründet werden, und da sich hierfür auch kein anderes Gesetz anführen läßt, so muß sie gewiß ganz verworfen werden, da sie mit den allgemeinen Prinzipien des Nießbrauchs in offenbarem Widerspruch steht.

2) Bei der silva caedua im engern Sinn des Wortes (nach der Definition des Servius in l. 30. de V. S.: „quae succisa rursus ex stirpibus aut

radicibus renascitur", — Nieder= oder Ausschlagswald und Schneidelholz —) ist natürlich das Abholzungsrecht des Usufruktuar ganz unbeschränkt, und selbst die gewöhnlichen wirthschaftlichen Normen hat derselbe nicht zu beachten, vgl. l. 48. de usufr.: „Silvam caeduam, *etiamsi intempestive caesa* sit, in fructu esse constat, sicut oliva immatura lecta, item foenum immature caesum in fructu est", cf. l. 42. de usu et usufr. leg. (33, 2).

3) Bei der silva non caedua, also bei solchen Bäumen, deren Bestimmung nicht Holznutzung ist, muß sich der Usufruktuar regelmäßig alles Holzfällens enthalten, vgl. l. 13. §. 4. de usufr., obwohl ihm auf der andern Seite doch die Holznutzung nicht versagt werden kann, die auch der Eigenthümer als bonus paterfam. daraus gemacht haben würde, und so fallen ihm ohne Zweifel nicht nur die abgetrennten dürren Aeste, und einzelne abgestorbene Bäume zu, l. 18. de usufr., sondern er darf auch Pfähle, Reiser, Stangen u. dgl. zum Zweck der Wein= oder Obstzucht ausschneiden, vorausgesetzt nur, daß er dadurch das Grundstück nicht verschlechtert, und große Bäume darf er also freilich zu solchen Zwecken nicht abhauen, l. 10. 11. de usufr.

4) Für Windbrüche und Fallholz kommt noch die verständige Regel vor, daß der Usufruktuar das Erforderliche für sich und das Gut davon benutzen kann, das Uebrige aber an den Proprietar restituiren muß, „alioquin et si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius", l. 12. pr. de usufr., vgl. l. 7. §. 12. sol. matr. (24, 3).

Anm 2. Der letzte Satz der l. 13. §. 5. de usufr. (T. 4.) hat von jeher unsern Auslegern viel Schwierigkeit gemacht. Während nämlich Ulpian in dem vorhergehenden §. 4. allgemein sagt, der Usufruktuar dürfe Lustgärten nicht in Fruchtgärten umwandeln, sollten auch dadurch die Erträgnisse viel reicher werden, wozu dann noch der erste Theil des §. 5. hinzukommt, daß Stein=, Kreide= oder Sandgruben angelegt werden dürften, „si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est", oder wie es gleich nachher heißt, „si nihil agriculturae nocebit": so wird im zweiten Theile dieses Sen — wie es scheint, im Widerspruch mit dem vorigen, und im Widerspruch mit dem Prinzip des ususfructus überhaupt, daß die substantia salva bleiben müsse — der Satz aufgestellt, der Usufruktuar dürfe auch Wein=, Obst=, Olivengärten zerstören, wenn nur die neue Anlage einträglicher sei, weil es ihm erlaubt sei, die Proprietät zu melioriren. Am kürzesten hilft sich bei dieser Schwierigkeit *Noodt*, de usufr. l. 6. und obs. I. 9, indem er den ganzen Satz von „et si forte" an bis „poterit" als einen unechten Zusatz eines alten Auslegers betrachtet, was sich jedoch von selbst durch die Auktorität aller Mss. und der Basiliken XVI. 1. 13. widerlegt. Viel glimpflicher geht Feuerbach, civ. Vers. Nr. 4. („über die l. 13. §. 5. de usufr. Eine nothwendige kritische Emendation, die wohl keinen Zweifel hat") mit unserer Stelle um, indem er nur die Interpunktion ändert, und die beiden Wörtchen *et si* in eins zusammenzieht. Er liest nämlich so:

„Proinde venas quoque lapicidinarum et hujusmodi metallorum inquirere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit, etsi forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis

vel arbustis vel olivetis, quae fuerunt. Forsitan et haec dejicere poterit, siquidem ei permittitur meliorare proprietatem“,

wodurch dann freilich der umgekehrte Sinn entstände, als der, welchen die Stelle nach der gewöhnlichen Lesart giebt. Aber man kann dieser Konjektur, wie auch Hagemeister in Hugo's ziv. Magazin III. 13, und Glück IX. S. 239 fgg. gezeigt haben, unmöglich beistimmen; denn soll ein guter Sinn nach dieser Interpunktion entstehen, so muß hinter den Worten *agriculturae nocebit* supplirt werden: *sin secus, nequit,* und Ulpian würde sich also jedenfalls nachlässig ausgedrückt haben. Vorzüglich aber streitet gegen Feuerbach, daß dann die letzten Worte von *forsitan* an, durchaus nicht erklärt werden können, denn die Idee Feuerbach's, daß dieselben auf die dem Usufruktuar zustehende Befugniß gingen, an die Stelle alter und kranker Bäume neue und bessere zu setzen, ist schon darum unhaltbar, weil das *haec* nothwendig nur auf das unmittelbar vorhergehende *arbusta* und *oliveta,* also nicht auf einzelne Bäume bezogen werden kann. Mit Recht erklärt sich daher auch Madai im ziv. Arch. XV. S. 330 fgg. und Beiträge zur Dogmengeschichte S. 92 fgg. gegen diese Feuerbach'sche Ansicht. Seine eigne Erklärung geht aber dahin, daß man die Endworte: „**Si quidem ei permittitur meliorare proprietatem**, nicht, wie dies bisher stets geschehen sei, als ein Argument Ulpian's für seine Entscheidung, sondern vielmehr als eine ausdrückliche Erlaubniß auffassen müsse, welche dem Usufruktuar von dem Proprietar zu Theil geworden sei, so daß der Sinn des ganzen Satzes der wäre: in der Regel darf der Usufruktuar dergleichen Anlagen nur auf bisher noch nicht kultivirten Landstücken anlegen: wenn ihm aber ausdrücklich erlaubt ist, „**proprietatem meliorare**“, so darf er selbst auch schon zur Agrikultur benutztes Land zu dgl. Anlagen verwenden, sofern nur ein reichlicherer Ertrag daraus hervorgeht, vgl. auch Luden S. 80 fgg. und Hoffmann I. S. 134. — Aber auch diese Interpretation ist unhaltbar, denn nicht nur, daß die Basiliken a. a. O. dagegen sind, in denen der Satz: **si quidem rel.** als **superfluum** ganz ausgelassen ist, und daß die Grammatik entgegensteht — si *quidem,* welches v. Madai fehlerhaft mit: wenn nämlich, übersetzt, und *permittitur,* während nach Madai's Interpretation nothwendig **permissum sit** hätte stehen müssen — so entsteht auch darnach die Sonderbarkeit, daß sich Jemand noch etwas besonders soll erlauben lassen, was ihm schon gesetzlich gestattet ist! denn der Usufruktuar hat das Recht der Melioration schon gesetzlich, **l. 13. §. 4. de usufr.** Zwar nimmt v. Madai, um diesen Einwurf zu entkräften, an, das vertragsmäßige *meliorare* in §. 5. cit. sei etwas Anderes, als das schon gesetzlich erlaubte *meliorem facere* in §. 4. cit., indem nur das Erstre auf positive Handlungen gehe, nicht auch das Letztre; aber dies ist offenbar aus der Luft gegriffen; siehe auch *Wartensleben,* **de lege 13. §. 5. de usufr. Jen. 1834,** und meine Rez. in Richter's krit. Jahrbb. Jahrg. III. (1839) S. 772 fgg. — Bei genauerer Betrachtung der Prinzipien, worauf das Dispositionsrecht des Usufruktuar beruht, zeigt sich aber auch leicht, daß es solcher gekünstelter Emendationen oder Interpretationen unserer Stelle nicht bedarf, sondern daß die einfachste Wortauslegung einen sehr passenden juristischen Sinn giebt. Der Usufruktuar ist nämlich insofern in seinen Dispositionen über die Sache beschränkt, daß er erstlich die Substanz

der Sache nicht verändern, d. h. die Sache nicht in eine andre umwandeln, und zweitens sich keine Deterioration der Sache erlauben darf. Ist nun also Jemanden der Nießbrauch eines Landguts gegeben — und nur hiervon handelt unsre Stelle, nicht von dem Nießbrauch eines einzelnen Grundstücks —, so ist soviel gewiß, daß die Eröffnung von Steingruben u. s. w. an irgend einem Theil dieses Landguts nicht als Umwandlung der Sache betrachtet werden kann, denn das Landgut bleibt ja doch offenbar immer noch dasselbe, und daraus geht denn hervor, daß die Errichtung einer solchen Anlage auf einem bisher zur Agrikultur nicht benutzten Flecken unbedingt erlaubt ist. Aber auch die Umwandlung eines schon zur Agrikultur benutzten Fleckens, wie z. B. eines Weinbergs in ein Bergwerk u. dgl. muß dem Usufruktuar dann gestattet sein, wenn daraus größere Einkünfte hervorgehn, denn eine Substanz-Veränderung ist hier natürlich eben so wenig vorhanden wie im vorigen Falle, und da auch die zweite Schranke des Dispositionsrechts, nämlich Nichtverschlechterung der Sache, gewahrt ist, so kann einer solchen Umwandlung nichts im Wege stehen; vgl. Hagemeister a. a. O. und s. auch Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 555 fgg. Note 22, Elvers S. 468 fgg., Keil im ziv. Archiv XXXV. S. 358 fgg. Daß die Entscheidung anders ausgefallen sein würde, wenn hier nicht der Nießbrauch an einem Landgute, sondern etwa nur an einem einzelnen Weinberge u. dgl. bestellt worden wäre, leuchtet hiernach von selbst ein, indem dann allerdings die Sache umgewandelt und also ein Eingriff in die Substanz derselben gemacht wäre.

Anm. 3. So gewiß es auch ist, daß der Usufruktuar zwar allerdings die Ausübung seines Nießbrauchs durch Verkauf, Schenkung u. dgl. auf einen Andern übertragen kann, wo dann aber natürlich das Recht des Usufruktus noch immer bei ihm zurückbleibt, l. 12. §. 2, l. 38. 39. 40. de usufr., so gewiß ist es auch auf der andern Seite, daß das Recht selbst auf Niemanden, als den Proprietar übertragen werden kann, §. 3. J. de usufr.

„nam cedendo extraneo nihil agitur",

l. 66. de jure dot. (23, 3)

„diximus usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis",

l. 15. fam. herc. (10, 2):

„nec enim [ususfructus] a personis discedere sine interitu sui potest".

Wenn ungeachtet solcher klaren Aussprüche dennoch Manche (z. B. *v. d. Water*, obss. jur. Rom. lib. III. c. 11. und in neuerer Zeit Dernburg in der Gieß. Zeitschr. N. F. II. S. 53 fgg. und Elvers S. 234 fgg.) annehmen, daß doch auch, wenigstens im neueren röm. Rechte, eine Uebertragung des Rechts selbst anerkannt worden sei, so ist dies allerdings fast unbegreiflich. Daß der Usufrukt verpfändet werden kann, worauf man sich vorzüglich zu berufen pflegt, ist freilich wahr, aber damit verhält es sich gerade, wie mit dem Verkaufe, d. h. nur die Ausübung des Nießbrauchs ist der Gegenstand der Verpfändung, nicht das Recht selbst (vgl. unten §. 367. Anm.), und wenn sich Elvers auch noch auf l. 8. §. 2. de per. et comm. (18, 6) und l. 57. sol. matr. (24, 3) beruft, so beweisen diese Stellen in ihrem vollen Zusammenhang vielmehr das

Gegentheil. In der erstren Stelle unterscheidet Paulus bei dem Verkaufe des Nießbrauchs zwei Fälle, wenn nämlich der Usufruktuar seinen Nießbrauch verkauft („interest, *utrum jus utendi fruendi*, quod solum tuum sit, vendas" — und das sind die Worte, aus denen Elvers beweisen will, daß das Recht selbst verkauft werde), und wenn der Eigenthümer einen Usufrukt verkaufsweise konstituirt („an vero in ipsum corpus, quod tuum sit, usumfructum mihi vendas"), und für den erstren gibt er dann eine Entscheidung, aus der mit Evidenz hervorgeht, daß der Käufer nicht Usufruktuar wird, sondern nur den Nießbrauch des Verkäufers ausübt („priore casu, etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debebit, *heredi autem meo debebitur, si tu vivis*"). In der zweiten Stelle aber sagt Marcellus, ein von einem Dritten zur dos bestellter Nießbrauch könne nach geschiedener Ehe der Frau restituirt werden „vel cautionibus interpositis, *ut, sicut potest, vir jure suo cedat mulieri, fruique eam patiatur* (und darin soll nach Elvers eine Rechts-Uebertragung angedeutet sein!), vel, si se accomodavit dominus proprietatis, volente eo mulieri constituatur usus fructus"; wer erkennt aber nicht schon aus diesem Gegensatz klar genug, daß nur im zweiten Falle die Frau wirklich Nießbraucherin wird? und dazu kommt noch, daß durch die cautiones interpositae, durch das „sicut potest" und den Ausdruck „fruique eam patiatur" mit aller Bestimmtheit darauf hingewiesen ist, daß im ersten Falle nur die Ausübung des ehemännlichen Nießbrauchs auf die Frau übergeht, und nur dies der Sinn des „jure suo cedat" sein kann. Endlich kann auch aus den Entscheidungen in l. 4, l. 29. §. 2. quib. mod. ususfr. amitt. (7, 4), l. 9. pr. usufr. quemadm. (7, 9), l. 29. de usu et usufr. leg. (33, 2) nicht gefolgert werden, daß die Römer eine Uebertragung des Nießbrauchs-Rechts für zulässig gehalten hätten, denn obwohl es darnach unzweifelhaft ist, daß dann, wenn ein legirter Usufruktus an einen Andren fideikommissarisch restituirt werden soll, der Fideikommissar wirklicher Nießbraucher wird, so tritt dies doch nicht in Folge einer von dem Legatar an ihn geschehenen Uebertragung ein, sondern, eben weil dies unmöglich ist, wird hier der Ausweg ergriffen, daß der Prätor von vorne herein den Fideikommissar, und nicht den Legatar, als den eigentlichen Nießbraucher anerkennt, vgl. bes. l. 9. pr. usufr. quemadm. (7, 9):

> „Quodsi fideicommissarii causa ususfructus mihi legatus est — — *recta via* fideicommissarium cavere oportet domino proprietatis".

Mit größtem Rechte wird daher auch noch jetzt allgemein anerkannt, daß das Recht des Nießbrauchs schlechthin unübertragbar ist; vgl. z. B. außer sämmtlichen Lehrbb. auch noch Arndts in Gieß. Zeitschr. N. F. VIII. S. 96 fgg., Lehrb. §. 179. Anm. 3, Kuntze in d. Heidelb. krit. Zeitschr. II. S. 256 fgg., Windscheid, Aktio S. 135 fgg., Muther, Aktio S. 102 fgg. — Ueber die Frage aber, was anzunehmen sei, wenn nun doch ein auf die Uebertragung des Rechts gerichteter Akt von dem Usufruktuar vorgenommen worden sei, scheinen sich zwei Stellen unsres Gesetzbuches zu widerstreiten, denn während es in §. 3. J. de usufr. heißt:

> „Finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur; *nam cedendo extraneo nihil agitur*",

lehrt Pomponius in l. 66. de jure dot.:

> „**Si ususfructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri, quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, *et, si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum;* quidam ergo remedii loco“ rel.**

Nach der ersten Stelle scheint man sagen zu müssen, daß ein solcher Akt ganz wirkungslos bleibe; nach der zweiten aber, daß zwar allerdings durch eine solche Zession der Usufruktus nicht auf den **extraneus** übergehe, wohl aber Konsolidation eintrete. Um diese Stellen mit einander zu vereinigen, hat man sehr verschiedene Wege eingeschlagen:

1) Viele (s. die bei Glück **IX.** S. 223. Not. 40. Angeff.) wollen die Pandektenstelle in dem vorher angedeuteten Sinn, als das geltende Recht annehmen, und den Ausspruch der Institutionen so damit vereinigen, daß hier nur die Unwirksamkeit des Geschäfts für den Extraneus ausgesprochen sei. Diese Erklärung ist aber nicht nur den Worten und dem Zusammenhange des §. 3. **cit.** nach unzulässig, sondern wird jetzt auch auf das Bestimmteste durch **Gai. II. 30**, woraus der §. 3. **cit.** entlehnt ist, widerlegt, denn dort heißt es von unsrem Falle geradezu: ***„jus suum retinet;*** **creditur enim ea cessione nihil agi“.**

2) Andre, und zwar die Meisten, nehmen daher den §. 3. **J. cit.** als die Basis an, und suchen damit die **l. 66. cit.** in Uebereinstimmung zu bringen. Die wenigste Beachtung verdient in dieser Beziehung die Meinung Goldschmidt's in v. Löhrs Mag. **III.** S. 479, welcher im Wesentlichen auch Löhr in der Gießer Zeitschr. **XIII.** S. 141. fgg. beistimmt, wornach Pomponius sagen soll: „der an einen Dritten abgetretene Usufruktus gehe auf diesen nicht über, und da er weder vom Nutznießer selbst, noch in seinem Namen ausgeübt werde, so erlösche er nach gesetzlicher Frist durch Nichtgebrauch, und vereinige sich alsdann wieder mit dem Eigenthum“; denn nicht nur, daß diese Auslegung höchst gezwungen ist, so würde auch Pomponius sehr zu tadeln sein, daß er etwas als juristische Wirkung einer solchen Abtretung aufstellte, was doch offenbar nur als eine zufällige, keineswegs immer eintretende Folge derselben erscheint; vgl. dagegen jetzt auch Arndts in Gießer Zeitschr. N. F. **VIII.** S. 90 fgg. — Jedenfalls vorzüglicher ist die — weder von Glück a. a. O., noch von Puggé in der nachher anzuf. Abh. in ihrem eigentlichen Wesen aufgefaßte, und darum mit Unrecht zu gering geschätzte — Meinung, welche, mehr oder weniger bestimmt, von vielen Aelteren, vgl. Glück a. a. O. Not. 41, und neuerlich besonders von Huschke, Studien I. S. 240 fgg. Not. 71. und Mühlenbruch, Zession 3te Aufl. S. 31. Not. 52. angenommen ist, vgl. auch Puchta, Kurs. **II.** §. 257. Not. p, Elvers S. 234, Böcking §. 164. Not. 19, wornach in den Worten der **l. 66. cit.: sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum**, der Gedanke ausgedrückt sein soll: durch eine solche Abtretung könne die Konsolidation des Usufruktus nicht vereitelt werden (was allerdings

leicht geschehen könnte, wenn man der in jure cessio des ususfructus die Wirkung hätte beilegen wollen, daß das Recht des Nießbrauchs auf den Andern übergebe; denn da sich dann die Erlöschung desselben nach der Person des neuen Usufruktuar gerichtet hätte, so hätte nur immer der dem Tode nahe Usufruktuar eine solche in jure cessio vorzunehmen brauchen, um die Konsolidation zu verhindern). Doch aber kann ich auch dieser Erklärung nicht beistimmen, und zwar aus dem Hauptgrunde, weil bei der Frage, welche Pomponius hier ex professo behandelt, die Hervorhebung dieses Gedankens als schlechthin überflüssig erscheint. Ueberdies aber läßt sich auch nicht verkennen, daß der Jurist, hätte er diesen Gedanken ausdrücken wollen, sehr dunkel und ungenau gesprochen hätte, und wie wäre auch der Gebrauch des *sed* („sondern vielmehr") bei der Anknüpfung einer reinen Folgerung aus dem vorhergehenden, zu rechtfertigen? — Auch die von Hasse in seinen Vorlesungen vorgeschlagene Aushülfe, welche Puggé im Rhein. Mus. I. S. 149. und Arndts a. a. O. S. 94. mittheilen, und welcher der Letztre, wenigstens für das Justinianische Recht, beizutreten nicht abgeneigt ist, daß man nämlich in l. 66. cit. bei den Worten: sed ad dominum etc. subintelligiren solle „si domino proprietatis cedatur", ist offenbar so gewaltsam, daß dieselbe schwerlich Jemanden wahrhaft befriedigen kann; und gewiß unhaltbar ist endlich auch die Meinung von Daniels in Roßhirt's Zeitschr. II. S. 62 fgg., welcher davon ausgeht, daß Pomponius völlig mit Gaius übereinstimme, und dieses in den Worten „usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis" deutlich ausspreche; in dem folgenden Passus: et, si extraneo cedatur rel. fasse Pomponius nur die andre — von ihm selbst geleugnete, aber vielleicht von manchen früheren Juristen vertheidigte — Möglichkeit in's Auge, wenn man doch etwa eine Zession an einen Extraneus für nicht ungeschehen halten wolle, und führe dann hypothetisch aus, daß selbst unter dieser Voraussetzung doch die einzige Wirkung einer solchen Zession nur die sein könne, daß der Ususfruktus an den Proprietar zurückfalle. In der That braucht man nur unbefangen den Satzbau unsres Fragments in's Auge zu fassen, um sich von der Unstatthaftigkeit dieser Auslegung zu überzeugen.

3) Van de Water und Dernburg, an den oben angeff. Orten, gehen, wie schon im Eingang dieser Anm. angedeutet worden ist, davon aus, daß der Ususfruktus allerdings auch dem Rechte nach auf einen Andren übertragen werden könne. Der §. 3. J. cit. spreche auch nicht dagegen, denn die Worte: nam cedendo extraneo nihil agitur wollten ihrem Zusammenhange nach nicht sagen, daß eine Uebertragung des Nießbrauchsrechts gar nichts wirke, sondern nur, „daß die Uebertragung des Nießbrauchsrechts an einen Fremden auf die Beendigung desselben keinen Einfluß habe". Soweit stimmen van de Water und Dernburg vollständig überein, während in Betreff der l. 66. cit. freilich ihre Ausführungen sehr von einander abweichen; denn während van de Water die offenbar verkehrte Ansicht vertheidigt, daß Pomponius hier gar nicht von dem Ususfruktus überhaupt rede, sondern nur eine angebliche Eigenheit des ususfructus doti constitutus anführe, vgl. dagegen auch Glück a. a. O. S. 231 fgg., sieht Dernburg, gewiß richtiger, in der l. 66. cit. nur eine

historische Notiz für die alte in jure cessio, die freilich kein geeignetes Mittel gewesen sei, die Uebertragung des Nießbrauchsrechts zu bewerkstelligen; da nämlich bei dieser imaginaria vindicatio habe unterstellt werden müssen, daß der Zedent niemals Usufruktuar gewesen sei, so habe begreiflich dadurch niemals der Nießbrauch auf den Erwerber übergehen können, und nach einer strengeren von Pomponius l. c. vertheidigten Meinung, sei in Folge davon sogar Konsolidation eingetreten, während nach einer milderen, von Gaius II. 30. angenommenen Ansicht der Akt ganz wirkungslos gewesen sei. — Was nun aber die Ansicht van de Water's und Dernburg's über die Auslegung des §. 3. J. cit. anbelangt, so ist dieselbe nicht nur sehr schwer mit den Worten dieser Stelle zu vereinigen, sondern das dadurch gewonnene Resultat ist auch in offenbarem Widerspruch mit dem Grundwesen der Servituten überhaupt, vgl. oben §. 338. Anm., und mit den klaren, im Eingang der Anm. besprochenen gesetzlichen Aussprüchen, wornach das Recht des Nießbrauchs als unübertragbar anerkannt wird. Vgl. auch Glück IX. S. 218 fgg.

Bei unbefangener Betrachtung muß man wohl den Widerstreit jener beiden Stellen zugeben. Die Sache verhält sich aber so. In l. 66. cit. war ursprünglich offenbar, eben so, wie bei *Gai.* cit. von der ***in jure cessio***, also einem streng zivilrechtlichen Akte die Rede. Ueber diese nun galt im alten strengen Rechte die Regel, daß sie stets alle die Wirkungen hervorbrachten, die sie ihrer Natur nach hervorbringen konnten, sollten es gerade auch nicht die beabsichtigten sein, vgl. z. B. *Ulp.* XI. 7; *Gai.* III. 34, vgl. mit *Ulp.* XIX. 14; meine Schrift über die Lat. Jun. S. 20 fgg. Wandte man diesen Grundsatz in unsrem Falle an, so mußte man nothwendig zu der Meinung des Pomponius in l. 66. cit. kommen, denn die in jure cessio des Usufruktus bezweckte die Aufhebung desselben auf der einen, und die Begründung desselben auf der andren Seite. Das Letztre war wegen der Personalität desselben nicht möglich; dem Erstren aber stand nichts entgegen, und so mußte also der Nießbrauch dadurch verloren gehn, und Konsolidation Platz greifen. Aber jenes strenge Prinzip überhaupt fand späterhin Widersacher, und es entstanden für einzelne Anwendungen Kontroversen, wie namentlich auch für den Fall, wenn ein gemeinschaftlicher Sklave von nur Einem der Miteigenthümer solenn manumittirt wurde, *Ulp.* I. 18, *Paul.* IV. 12. 1, fragm. Dosith. §. 12; und eben so verhielt es sich auch in unsrem Falle, denn während Gaius II. 30. der neueren milderen Meinung folgte, wendete dessen Zeitgenosse Pomponius noch das alte strenge Prinzip an. Daß im Justinianischen Rechte die mildere Meinung allein angewendet werden konnte, versteht sich schon darum von selbst, weil die streng zivilrechtlichen Akte, namentlich die in jure cessio, weggefallen waren, und so hat denn auch Justinian in §. 3. J. cit. die Meinung des Gaius adoptirt, während die Stelle des Pomponius durch ein Versehen sich eingeschlichen hat, durch ein Versehen, welches um so leichter zu entschuldigen ist, da die Stelle unsere Frage nur ganz incidenter berührt, und auch der Ort, wo sie aufgenommen ist, gar nicht dazu bestimmt ist, dieselbe ex professo abzuhandeln. Vgl. auch Puggé im Rhein. Mus. I. S. 145 fgg., ***Pellat*** cit. p. 87 sqq., Ders. textes sur la dot. 2. edit. Par. 1853. p. 302 sqq.

γ) Verbindlichkeiten des Usufruktuar. §. 345.

δ) Insbesondere von der Verpflichtung zur Kautionsleistung. §. 346.

Dig. VII. 9. usufructuarius quemadmodum caveat.

Anhang. Von dem quasi ususfructus. §. 347.

Dig. VII. 5. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. — Glück IX. S. 387 fgg., Hoffmann I. S. 172 fgg., Madai, Beiträge zur Dogmengeschichte S. 139 fgg., Held, die Lehre vom ususfr. ear. rer., quae usu consumuntur vel minuuntur. Würzb. 1848, Elvers S. 578 fgg., *Lahovari*, de usufr. bonorum. Berol. 1858.

1) *Ulp.* l. 1. h. t.: Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit; quo Senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari. (Vgl. auch Puchta, über das Alter des Quasiusufruktus; im Rhein. Mus. III. S. 82 fgg.).

2) §. 2. J. de usufr.: Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis, et jumentis et ceteris rebus, exceptis iis, quae ipso usu consumuntur. Nam hae res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum, quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta, quibus proxima est pecunia numerata; namque ipso usu assidua permutatione quodammodo exstinguitur. Sed utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae ususfructus legatus sit, ita datur legatario, ut ejus fiat, et legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si moriatur aut capite minuatur. Ceterae quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant; sed aestimatis his satisdatur, ut, si moriatur, aut capite minuatur, tanta pecunia restituatur, quanti hae fuerint aestimatae. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum — nec enim poterat —, sed per cautionem quasi usumfructum constituit.

3) *Ulp.* l. 15. §. 4. 5. de usufr. (7, 1): Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita eum uti debere, ne abutatur; nec

tamen locaturum, quia vir bonus ita non uteretur. (§. 5.) Proinde et si scenicae vestis ususfructus legetur, vel aulaei vel alterius apparatus, alibi, quam in scena non utetur. Sed an et locare possit, videndum est. Et puto locaturum, et licet testator commodare, non locare fuerit solitus, tamen ipsum fructuarium locaturum tam scenicam, quam funebrem vestem. — 4) *Ulp.* l. 9. §. 3. usufructuar. quemadm. cav. (7, 9): Si vestis ususfructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam heres stipulatus sit, finito usufructu vestem reddi, attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo attritam reddiderit. (Vgl. Glück IX. S. 392 fgg. und die dort zahlreich Angeff., Madai a. a. O. S. 145 fgg., Held a. a. O. S. 41 fgg., *Lahovari* p. 18 sqq.).

5) *Ulp.* l. 3. h. t.: Post quod omnium rerum ususfructus legari possit, an et nominum? Nerva negavit, sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. Idem tamen Nerva, ipsi quoque debitori posse usumfructum legari scribit, et remittendas ei usuras. — 6) *Papinian.* l. 24. pr. de usu et usufr. (33, 2): Uxori fructu bonorum legato foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex Senatusconsulto cautionem praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas, velut sortes, in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur nominibus ab herede factis: tunc enim sortes duntaxat legatario dabuntur, aut quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur. (Vgl. Glück IX. S. 404 fgg., Mühlenbruch, Zession S. 496 fgg., Hoffmann I. S. 176 fgg., Held a. a. O. S. 49 fgg., Zielonacki S. 126 fgg., Steinberger in der Gießer Zeitschr. N. F. XI. S. 149 fgg., Elvers S. 596 fgg., Dunker im prakt. Arch. VI. S. 97 fgg., *Lahovari* cit. p. 33 sqq.).

b) Usus. §. 348.

Inst. II. 5, Dig. VII. 8. de usu et habitatione. — Thibaut, Versuche I. 3, Hoffmann I. S. 121 fgg., S. 182 fgg., Puchta, Kurs. II. §. 252. 255, Lehrb. §. 179. 180, Vorles. ad h. l., *Scheurl* de usus et fructus discrimine. Erl. 1846, Ders. in gesch. Zeitschr. XV. S. 19 fgg., *Brinz*, notamina ad usum

fructum. Mon. 1849, Elvers S. 602 fgg., Bechmann, über den Inhalt und Umfang der Pers. Serv. des usus nach röm. Recht. Nürnb. 1861, Scheurl in der krit. Vierteljahrsschr. III. S. 298 fgg.

1) *Ulp.* l. 2. h. t.: Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest; et de singulis videndum. §. 1. Domus usus relictus est — — —; potest illic habitare non solus, vero cum familia quoque sua; an et cum libertis, fuit quaestionis. Et Celsus scripsit, et cum libertis; posse hospitem quoque recipere, nam ita libr. XVIII. Dig. scripsit, quam sententiam et Tubero probat. Sed an etiam inquilinum recipere possit, apud Labeonem memini tractatum libro Posteriorum. Et ait Labeo, eum, qui ipse habitat, inquilinum posse recipere. — 2) *Idem* l. 12. h. t.: Plenum autem usum debet habere, si et villae et praetorii relictus est. — — §. 1. Praeter habitationem, quam habet, cui usus datus est, deambulandi quoque et gestandi jus habebit. Sabinus et Cassius, et lignis ad usum quotidianum, et horto et pomo et oleribus et floribus et aqua usurum, non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum. Idem Nerva; et adjicit, stramentis etiam usurum, sed neque foliis, neque oleo, neque frumento, neque frugibus usurum. Sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus hoc amplius etiam ex his, quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat, et ex his, quae Nerva negavit. Juventius, etiam cum convivis et hospitibus posse uti. Quae sententia mihi vera videtur; aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate ejus, cui relictus est usus. Sed utetur is, ut puto, duntaxat in villa. Pomis autem et oleribus et floribus et lignis, videndum utrum eodem loco utatur duntaxat, an etiam in oppidum ei deferri possint? Sed melius est accipere, et in oppidum deferenda, neque enim grave onus est horum, si abundent in fundo. — 3) *Pompon.* l. 22. h. t.: Divus Hadrianus, quum quibusdam usus silvae legatus esset, statuit fructum quoque iis legatum videri, quia nisi liceret legatariis caedere silvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.

4) *Ulp.* l. 8. pr. h. t.: Sed neque locabunt seorsum, neque concedent habitationem sine se, nec vendent usum.

5) *Paul.* l. 19. h. t.: Usus pars legari non potest; nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus.

(Vgl. Glück IX. S. 446 fgg., *Löbell*, de usu et fructu. Marb. 1834. 4. §. 5. p. 17 sqq.).

6) *Ulp.* l. 5. §. 1. quemadm. usufr. cav.: Sed si usus sine fructu legatus erit, ademta fructus causa satisdare jubet praetor, hoc merito, ut de solo usu, non etiam de usufructu caveatur.

7) *Paul.* l. 18. h. t.: Si domus usus legatus sit sine fructu, communis refectio est rei in sartis tectis, tam heredis, quam usuarii. Videamus tamen, ne, si heres fructum accipiat, ipse reficere debeat; si vero talis sit res, cujus usus legatus est, ut heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est; quae distinctio rationem habet. (Vgl. Glück IX. S. 453 fgg.).

8) *Ulp.* l. 5. §. 2. de usufr. ear. rer.: Quae in usufructu pecuniae diximus, vel ceterarum rerum, quae sunt in abusu, eadem et in usu dicenda sunt; nam idem continere usum pecuniae et usumfructum, et Julianus scribit, et Pompon. libr. VIII. de stipulationibus.

Anm. Ob, wie ein usus sine fructu, so auch ein *fructus sine usu* bestellt werden könne? ist wegen mehrerer, anscheinend widerstreitender Stellen nicht ganz unbestritten; vgl. unter den Neueren bes. v. Löhr in seinem Mag. III. S. 488 fgg., Puchta, ziv. Abhh. S. 121 fgg., *Loebell* in dem vorher bei T. 5. zit. Programm §. 4. p. 12 sqq., Keller in der geschichtl. Zeitschrift XV. S. 133 fgg., Bechmann a. a. O. S. 100 fgg., Scheurl a. a. O. S. 306 fgg. In der That ist aber kein Widerstreit der Gesetze vorhanden, sondern es müssen hierbei folgende Sätze aufgestellt werden:

Als Regel ist ohne Zweifel anzunehmen, daß es eine *servitus fructus sine usu* nicht giebt, so daß, wenn ein fructus konstituirt ist, darunter der *ususfructus* zu verstehen, und wenn etwa ausdrücklich fructus *deducto usu* legirt wurde, das ganze Legat ungiltig ist:

> *Paul.* rec. sent. III. 6. §. 24: „Fructu legato, si usus non adscribatur, magis placuit, usumfructum videri adscriptum; fructus enim sine usu esse non potest".
>
> *Ulp.* l. 14. §. 1. de usu: „Ususfructus an fructus legetur, nihil interest; nam fructui et usus inest, usui fructus deest, et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest. Denique si tibi fructus deducto usu legatus sit, inutile esse legatum, Pompon. libr. V. ad Sab. scribit".

Die weitere Konsequenz, welche Pomponius noch hieraus zog, nämlich „si usufructu legato fructus adimatur, *totum videri ademtum*", (wie Bechmann a. a. O. S. 104 dazu kommt, gegen alle Handschriften und ohne Noth, Statt „*fructus* adimatur" zu lesen *usus* adimatur, ist in der That nicht wohl

einzusehen), indem nämlich Pompon. auch bei der *ademtio* den **fructus** für gleichbedeutend mit **usus fructus** nahm, wurde aber freilich, und gewiß mit Recht von Ulpian verworfen, indem in einem solchen Falle der Ansicht des Testators nach vielmehr ein legatum ***usus*** als übrigbleibend anzunehmen sei: „**Sed si de fructu sine usu adimendo sensit, quare non dicamus, *usum videri constitutum*, qui et ab initio constitui potest?**“ [Daß diese Leseart der Vulg. der ganz sinnlosen lectio Flor. vorzuziehen ist, wird wohl von Niemandem mehr bezweifelt; s. jedoch noch Hoffmann I. S. 123. Not.].

Diese Regel leidet aber doch einige Modifikationen, so daß in gewissem Sinne allerdings ein **fructus sine usu** vorkommen kann, nämlich:

1) Es kann Jemand dem Einen den **usus**, dem Andern den **fructus** legiren, in welchem Falle der **usus** Beiden gemeinschaftlich, der **fructus** dem Einen ausschließlich zukommt, l. 14. §. 2. de usu:

> **[Pompon.] ait, et si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, me solum fructum habiturum**“.

Vgl. auch *Florent.* l. 42. pr. de usufr., *Paul.* rec. sent. III. 6. §. 25. Eine wahre Ausnahme der obigen Regel ist dies leicht begreiflich nicht, da hier der **fructuarius** allerdings ja auch einigen **usus** [„**usum fruendi causa**“, l. 42. cit.] hat.

2) Wenn Jemand den **nudus usus** konstituirt hat, so behält er natürlich den **fructus** zurück, und in einem solchen Falle — also, wenn der Proprietar selbst den **usus** nicht hat — kann auch der blose **fructus** einem Andern konstituirt werden, wo dann der Fruktuar dieselben Rechte in Betreff der Nutznießung hat, die dem Proprietar nach der Bestellung des **usus** übrig geblieben sind, l. 14. §. 3. de usu:

> **„Poterit autem apud alium esse usus, *apud alium fructus sine usu*, apud alium proprietas; veluti si qui habet fundum, legaverit Titio usum, mox heres ejus tibi fructum legaverit vel alio modo constituerit“.**

Eine wahre Ausnahme von der obigen Regel möchte aber auch in diesem Falle nicht anzunehmen sein, da der Proprietar, wenn er einen **usus** bestellt hat, doch immer so viel Gebrauchsrecht zurückbehält, als zur Fruchtziehung erforderlich ist, l. 10. §. 4, l. 11. 12. pr. de usu, und dieses dann auch auf den Fruktuar übergeht. — Wie, wenn in einem solchen Falle der **usus** vor dem **fructus** erlöscht? Konsolidirt derselbe sich mit der Proprietät? oder wächst er vielmehr dem Fruktuar zu? Eine ausdrückliche Entscheidung dieses Falls findet sich nicht, aber gewiß muß das Letztre angenommen werden, weil ja sonst der Proprietar einen **usus sine fructu** haben würde, was nach der obigen Regel nicht vorkommen darf, cf. ***Loebell***, de usu et fructu pag. 15 sqq.

3) Hierher gehört auch der berüchtigte Ausspruch Ulpian's in l. 13. §. 3. de acceptil. (46, 4):

> **„Si quis usumfructum stipulatus usum accepto tulerit, si quidem sic tulerit acceptum, quasi usu debito, liberatio non continget; si vero quasi ex usufructu, quum possit usus sine fructu constitui, dicendum est, acceptilationem valere“.**

Also: wenn sich Jemand die Bestellung eines Usus fruktus versprechen ließ, und nachher eine Acceptilation über den Usus abschloß, so that er dies entweder, weil er glaubte, es sei der blose Usus in obligatione („quasi usu debito“), und dann ist wegen dieses Irrthums die Acceptilation ganz ungiltig; oder er that dies in dem Bewußtsein, daß dieser Usus nur ein Theil des ihm versprochenen Usufruktus sei („quasi ex usufructu“), und dann ist die Acceptilation giltig *„quum possit usus sine fructu constitui“*. Beim ersten Anblick scheint dieser Grund allerdings nicht zu passen, sondern man erwartet umgekehrt „quum possit fructus sine usu constitui“, und wirklich schlägt auch Cujacius, obss. XIII. 12. diese Leseart vor. Aber doch gewiß mit Unrecht: denn denkt man nur an den bekannten Grundsatz: „velut *solvisse* videtur, qui acceptilatione solutus est“, l. 16. pr. eod., so ist der angegebene Grund offenbar sehr zutreffend; s. auch Puchta a. a. O. S. 122. Not. 14, *Loebell* cit. p. 17, und es ist daher gewiß auch die spätere von Puchta, Kurs. II. §. 255. Not. r. vorgeschlagene Emendation, die Worte: quum possit usus sine fructu constitui in den ersten Passus hinter die Worte: „quasi usu debito“ zu versetzen, völlig überflüssig. — Ist nun aber die blos auf den usus gerichtete Acceptilation giltig, so bleibt die Obligation auf Bestellung des blosen Fruktus bestehen, und so kann es indirekt dahin kommen, daß ein fructus sine usu konstituirt wird. Wenn nämlich *Loebell* cit., dem auch Bechmann a. a. O. im Resultate beistimmt, umgekehrt folgert, daß in einem solchen Falle der Promittent ganz liberirt werde — denn da wegen der giltigen Acceptilation kein usus geschuldet werde, und fructus sine usu nicht konstituirt werden könne, so höre die ganze Verbindlichkeit auf, — so verkenne ich nicht die innere Konsequenz dieser Ansicht, aber ich halte dieselbe für unvereinbar mit den Worten Ulpian's, namentlich wenn man damit die l. 13. §. 1. eod. verbindet. Der Gedanke des Juristen war dann vielleicht der: wenn Jemanden der blose Usus konstituirt ist, so kann auch noch der Fruktus hinzubestellt werden; da nun im Falle einer Acceptilation es juristisch so angesehen wird, als ob der Usus dem stipulator konstituirt wäre, so ist in einem solchen Falle auch die Bestellung eines Fruktus an denselben möglich. Die neue Erklärung der l. 13. §. 3. cit., welche jetzt Keller a. a. O. giebt, daß nämlich die Entscheidung Ulpian's von rein prozessualischem Standpunkte aus erklärt werden müsse, und der Gedanke des Juristen nicht der sei, daß wegen giltiger Acceptilation des usus eine Obligation auf Konstituirung des fructus übrig bleibe — denn dieses sei ein juristisches non ens —, sondern vielmehr nur der, daß der Schuldner, mit einer condictio incerti belangt, auf den Geldwerth des usus fructus nach Abzug des Geldwerths des usus kondemnirt werden müsse: diese neue Erklärung, sage ich, hat schon an sich wenig Ansprechendes, und ich kann mich nicht überzeugen, daß eine solche Argumentations-Weise im Geiste der römischen Jurisprudenz liege. Daß aber in der That Ulpian auch nicht so argumentirt hat, geht wohl schon unzweifelhaft aus den Entscheidungen desselben in l. 13. cit. §. 1. und 2. hervor; denn warum sollte nicht dasselbe Rechenexempel, was Keller der Entscheidung des §. 3. zu Grunde legen will, auch anwendbar sein, wenn Jemand sich eine via hat versprechen lassen, und dann iter oder actus acceptoferirt, oder wenn die Stipulation

auf einen fundus, die Acceptilation auf den usufructus dieses fundus geht? Auch in diesen Fällen müßte man gerade so gut, wie in dem Falle des §. 3. sagen können: der Schuldner ist zu verurtheilen auf den Geldwerth der via nach Abzug des Geldwerths des iter oder actus, oder er ist zu verurtheilen auf den Geldwerth des fundus nach Abzug des Geldwerths des ususfructus; und doch heißt es von diesen Fällen: acceptilatio nullius est momenti, und acceptilatio non valet, während es in dem Falle des §. 3. umgekehrt heißt: „acceptilationem valere“. — (Daß dann, wenn Usufruktus legirt, und der blose Usus adimirt ist, andre Grundsätze gelten müssen, als in dem eben besprochenen Falle der Acceptilation, ist sehr natürlich, da ja bei der ademtio der vorher bemerkte eigenthümliche Gesichtspunkt, den die Römer für die acceptilatio auffaßten, nicht vorkommt, und der Natur der Sache nach nicht vorkommen kann. Hierbei hätte man also, streng genommen, sagen müssen, daß durch die ademtio usus das ganze Legat vernichtet werde; „sed Aristo scribit, *nullam esse ademtionem,* quae sententia benignior est“).

Da nun nach dem bisher Bemerkten ungeachtet der obigen Regel doch in mehrfacher Weise ein fructus sine usu vorkommen kann, so erklärt sich daraus leicht die Aeußerung Ulpian's in l. 5. §. 2. usufructuar. quemadm. cav. (7, 9): „Ergo et si *fructus sine usu obtigerit,* stipulatio locum habebit“.

c) Habitatio. §. 349.

Inst. II. 5, Dig. VII. 8. de usu et habitatione; Cod. III. 33. de usufructu et habitatione rel. — Thibaut, civ. Abh. No. 2, Klooß, über die Lehre von der habitatio. Rost. 1839, Elvers S. 625 fgg., vgl. auch Savigny, Syst. II. S. 110 fgg., Elvers in der Themis. N. F. I. S. 13 fgg., Keller, Pand. §. 177.

1) *Justinian.* l. 13. C. h. t.: Quum antiquitas dubitabat, usufructu habitationis legato, et primo quidem, cui similis esset, utrumne usui, vel usuifructui an neutri eorum, sed jus proprium et specialem naturam sortita esset habitatio, postea autem, si posset is, cui habitatio legata esset, eandem locare, vel dominium sibi vindicare: auctorum jurgium decidentes compendioso responso omnem hujusmodi dubitationem resecamus. Et si quidem habitationem quis reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est, et dare legatario etiam locationis licentiam. Quid enim distat, sive ipse legatarius maneat, sive alii cedat, ut mercedem accipiat? et multo magis, si habitationis usumfructum reliquerit, quum et nimiae subtilitati satisfactum videatur, etiam nomine ususfructus addito. In tantum etenim valere habitationem volumus, ut non antecellat usumfructum; nec dominium habitationis speret legata-

rius, nisi specialiter evidentissimis probationibus ipse legatarius possit ostendere, et dominium ejus domus sibi esse relictum; tunc etenim voluntati testatoris per omnia obediendum est. Quam decisionem locum habere censemus in omnibus locis, quibus habitatio constitui potest. — 2) §. 5. J. h. t.: Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus. Quam habitationem habentibus propter rerum utilitatem secundum Marcelli sententiam, nostra Decisione [l. 13. C. cit.] promulgata permisimus, non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.

3) *Ulp.* l. 10. pr. h. t.: Si habitatio legetur, an perinde sit, atque si usus, quaeritur. Et effectu quidem idem paene esse legatum usus et habitationis et Papinianus consensit libr. XVIII Quaest. Denique donare non poterit, sed eas personas recipiet, quas et usuarius; ad heredem tamen nec ipsa transit, nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione.

4) *Scaevola* l. 32. de donat. (39, 5): Lucius Titius epistolam talem misit: »Ille illi salutem. Hospitio illo, quamdiu volueris, utaris, superioribus diaetis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere, hac epistola notum tibi facio«. Quaero, an heredes ejus habitationem prohibere possunt? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, heredes ejus posse mutare voluntatem. Vgl. l. 27. eod., Thibaut, civ. Abh. S. 25. Andere Erklärungen s. bei v. Savigny in der Zeitschr. für gesch. Rw. Bd. IV. S. 46 fgg., v. Buchholtz, Versuche No. 15, Elvers S. 626 fgg.

II. Von der Errichtung der Servituten.

A. Durch Privat-Disposition. §. 350.

Anm. 1. Von der Errichtung der Servituten durch letztwillige Disposition ist im Erbrechte zu handeln (vgl. §. 554). Was aber die Begründung derselben durch Geschäfte unter Lebenden anbelangt, so ist in neuerer Zeit eine berühmte Kontroverse entstanden. Die allgemein herrschende Meinung ging nämlich früher dahin, daß die Erwerbung der Servituten, eben so, wie die des Eigenthums, Tradition voraussetze, und bloser Vertrag nur einen obligatorischen Anspruch begründe, so daß man zwischen servitus constituta (ex conventione debita), und acquisita (nach geschehener quasitraditio) unterscheiden

müsse, vgl. z. B. die vielen von *Haertel*, de servitutibus per pacta et stipulationes constitutis ex jure Rom. Lips. 1828. §. 11. Angeff. Diese Meinung wurde aber neuerlich, besonders auf die Auktorität von Savigny (namentlich in seinen Vorlesungen; s. auch dessen Besitz §. 45. S. 577. Not., und Syst. II. S. 289 fgg.), zunächst von einigen Schülern desselben, nämlich von *Schmidtlein*, de servitutibus per pactum constituendis. Gött. 1823, und im ziv. Arch. IX. No. 9, und von Michelsen im ziv. Arch. VIII. No. 14. angegriffen, und dafür die andre Ansicht vertheidigt, daß schon der blose Vertrag zur Begründung der Servitut hinreiche, eine Ansicht, die auch besonders noch an Hasse im Rhein. Mus. I. S. 64 fgg., Warnkönig im ziv. Archiv XII. No. 4. und in der Thémis tom. X. p. 57 sqq., *Haertel* in der vorh. angef. Dissert., Hoffm. II. S. 64 fgg., Huß in der Gieß. Zeitschr. N. F. X. S. 79 fgg. (der sich jedoch in seinen Schlußbemerkungen S. 89 fgg. der herrschenden Lehre wieder so sehr annähert, daß er, ungeachtet seiner eifrigen Polemik doch im Resultate mehr als Anhänger, denn als Gegner derselben erscheint), Elvers S. 697 fgg., Heimbach, Rechtsler. X. S. 280 fgg., *Molitor* cit. p. 421 fgg., Schmidt in Bekker's Jahrb. III. S. 246 fgg. eifrige Vertheidiger fand, und der sich auch wenigstens theilweise (s. unten am Ende dieser Anm.), Zimmern im ziv. Arch. VII. 17. und Schrader in der Tübinger Zeitschr. I. 2. S. 66 fgg. anschlossen; vgl. auch Mackeldey §. 291. c, Schweppe, Handb. II. §. 304, Mühlenbruch, Lehrb. §. 288, Schilling, Lehrb. für Institut. und Gesch. Bd. II. §. 198, Puchta, Kurs. II. §. 256, Lehrb. §. 187, Vorles. ad h. l., Göschen, Vorles. §. 307, Burchardi, Lehrb. des röm. Rechts II. §. 188, Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 578 fgg., Christiansen, Institutionen S. 232 fgg., Scheurl, Lehrb der Institut. §. 93, Arndts, Pandekten §. 188, Wirth, Beitr. zur Systematik S. 60, Keller, Pand. §. 181, Windscheid, Lehrb. §. 212 u. A. m. Es gründet sich aber diese neue Theorie vorzüglich auf folgende Stellen:

a) *Gai.* II. 31. Nachdem nämlich in §. 28—30. erwähnt ist, daß persönliche Servituten und servitutes praediorum urban. blos durch in jure cessio, servitutes praedior. rustic. aber durch in jure cessio und mancipatio errichtet werden können, heißt es in §. 31:

„Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt, alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi aedes, aut non tollendi ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia jura constituere velit, *pactionibus et stipulationibus id efficere potest*".

Was hiernach bei Provinzialgrundstücken schon zur Zeit der klassischen Juristen vorgekommen sei, daß Servituten durch blose Verträge errichtet würden, sei sehr natürlich im Justinianischen Rechte auf alle Servituten angewendet.

b) Zu diesem Resultate führe denn auch eine Reihe von Stellen, in denen gleichmäßig gesagt sei, Servituten würden „pactionibus et stipulationibus" errichtet, §. 4. J. de serv. praed. (2, 3), §. 1. J. de usufr. (2, 4), l. 3. pr. de usufr. (7, 1), l. 12. §. 1. 3. 4. C. de aedif. privat. (8, 10) und hierher gehöre auch l. 25. §. 7. de usufr.: „Quod autem diximus, ex re fructuarii

vel ex operis posse acquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens jure legati usus fructus sit constitutus, an et si per traditionem *vel stipulationem*, vel alium quemcunque modum, videndum; et vera est Pegasi sententia, quam et Julian. libr. XVI. secutus est, omnia [lege *omni*, cf. Basil. XVI. 1, 25. fin. und Schol. ad h. l. bei *Zachariae*, suppl. Bas. Heimb. p. 77.] fructuario adquiri".

c) Entscheidend für diese Ansicht sei namentlich auch der Ausspruch des Ulpian in l. 3. §. 14. de vi (43, 16):

> „Uti frui autem prohibuisse is videtur, qui vi dejecit utentem et fruentem, aut non admisit, quum ex fundo exiisset non usus fructus deserendi causa. Ceterum si quis ab initio volentem incipere uti frui prohibuit, hoc interdictum locum non habet. Quid ergo est? *debet fructuarius usumfructum vindicare*".

Hier sei mit klaren Worten vorausgesetzt, daß noch kein Besitz angefangen habe, und doch werde eine vindicatio usus fructus als möglich angenommen.

d) Dasselbe gehe auch aus Justinian's Verordnung in l. 14. C. de servit. hervor, denn dort werde die Frage ventilirt, ob, wenn ein Vertrag abgeschlossen sei, es solle Jemandem einmal in fünf Jahren erlaubt sein, über des Nachbars Grundstück seinen Weg zu nehmen, diese Servitut durch non usus dann verloren gegangen sei, wenn im ersten quinquennium kein Gebrauch davon gemacht sei. —

Obwohl nun aus diesen Stellen die neue Theorie mit nicht geringem Aufwand von Scharfsinn und Gelehrsamkeit begründet ist, und obwohl dieselbe h. z. T. fast als die herrschende Lehre angesehen werden kann, so muß ich doch auch noch jetzt eben so, wie in den früheren Auflagen dieses Lehrbuchs, ungeachtet des entschiedenen und bisweilen wahrhaft gereizten Widerspruchs fast aller Späteren, die Meinung festhalten, daß die ältere Theorie allein zu billigen ist; vgl. auch Duroi im civ. Arch. VI. S. 284 fgg., Francke, civ. Abh. Nro. 3, Braun's Erörtr. S. 535 fgg., Fritz, Erläutr. S. 376 fgg., Luden, Servituten §. 54. 55, Thibaut, Syst. §. 767, Wening, Lehrbuch §. 153, Liebe, die Stipulat. §. 25. S. 320 fgg., Zielonacki a. a. O. S. 167, Heyne in der Sächs. Zeitschr. N. F. VI. S. 104 fgg., *Pellat*, sur la proprieté et sur l'usufruct. p. 62 fgg., Brinz, Lehrb. §. 73. Unmöglich kann hier alles Einzelne, was man für und gegen diese Theorie vorgebracht hat, auch nur angedeutet werden. Die wesentlichen Gesichtspunkte hierbei möchten aber folgende sein:

1) Nach den Ansichten des röm. Rechts von *pactiones* und *stipulationes*, also von Verträgen im eigentlichen Sinne des Worts und deren Wirkungen auf der einen, und von Servituten auf der andern Seite, muß ich es für unmöglich halten, daß die Römer jemals den blosen Vertrag für hinreichend zur Begründung der Servitut gehalten haben sollten. Das Wesen eines jeden Vertrags — sei es pactio oder stipulatio — besteht in einem Versprechen, und die Klage, die aus einem solchen Vertrage hervorgeht, kann schlechterdings nur darauf gerichtet sein, daß der andere Paziszent oder sein Universal-Successor, dieses Versprechen erfülle, also etwas thue (im weitern Sinne des Worts, worin auch das Nichtthun, Leiden u. s. w. enthalten ist), vgl. auch l. 2. pr. de

V. O.: **Stipulationum quaedam in *dando*, quaedam in *faciendo* consistunt.** Das aus einer Servitut hervorgehende Recht darf aber nicht so aufgefaßt werden, daß wir die Befugniß hätten, von einem Andern eine Leistung — nämlich ein **pati** oder **non facere** — zu verlangen, sondern nur so, daß wir daraus unmittelbar ein **jus habendi, prohibendi** oder **faciendi** in Anspruch nehmen, und die Verbindlichkeit des Andern nur als die nothwendige Folge dieses Rechts, nicht aber als der Inhalt desselben erscheint. Mit andern Worten, aus einem Vertrage kann nach den Prinzipien des röm. Rechts nur eine ***obligatio*** entstehen, und „**obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, *aut servitutem nostram faciat,* sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum**", l. 3. pr. de O. et A. (44, 7). Aus denselben Gründen also, aus denen das Eigenthum einer Sache nicht durch blosen Vertrag entstehen kann, ist dies auch bei den Servituten der Fall, und ganz hierher gehört also der bekannte Ausspruch von Diocletian und Maximian in l. 20. C. de pact. (2, 3): **Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, *non nudis pactis* transferuntur.** Wenn man sich für die gegnerische Theorie vorzüglich auf das pactum *hypothecae* berufen hat, zum Beweise, wie wenig es den römischen Ansichten widerspreche, dingliche Rechte durch blose Verträge entstehen zu lassen, so hat man dabei ganz die eigenthümliche Natur des Pfandrechts verkannt. Da sich nämlich dasselbe seinem ganzen Wesen nach als eine ***obligatio*** rei herausstellt (s. unten die Lehre vom Pfande), so ist die vertragsmäßige Errichtung hierbei eben so konsequent, wie sie bei andern dinglichen Rechten, und namentlich bei Servituten, inkonsequent sein würde, man müßte denn etwa mit *Haertel* l. c. p. 6. jedes jus in re definiren wollen als ein „**jus quo res aliqua nobis obligata esse fingitur**"! (Wie man dieser Begründung der alten Lehre den Vorwurf hat machen können, daß sie nichts sei „als ein alter Aberglaube, ein Ueberrest der verschollenen Lehre vom **titulus** und **modus adquirendi**", vgl. Puchta, Kurs. cit. Not. ii, ist mir in der That unbegreiflich. — Ich begreife recht wohl — obwohl nicht Wenige meiner Gegner mir diese Einsicht abzusprechen scheinen — daß es vollkommen gedenkbar und auch zivilistisch konstruirbar wäre, wenn der Gesetzgeber ausspräche, daß Servituten durch blose Willenseinigung, also durch blosen **consensus** konstituirt werden könnten, ähnlich, wie etwa bei den Römern die Ehe **solo consensu contrahitur.** Darnach wäre dann eine Servitut schon dann vorhanden, sobald die Interessenten überein gekommen wären, daß sie vorhanden sein solle. Käme etwas dieser Art im röm. Rechte vor, so würde ich ein solches Dogma zwar nicht für besonders weise, aber doch, wie gesagt, für zivilistisch möglich halten. Von einem solchen Satze findet sich aber in Wahrheit keine Spur in den Gesetzen, sondern es ist da in Bezug auf Servituten-Bestellung immer nur von ***pactiones et stipulationes*** die Rede, also von solchen Rechtsgeschäften, wobei die Willenseinigung in dem Geben und Nehmen eines Versprechens besteht (vgl. die folg. Nr.), und da muß ich es auch noch jetzt, ungeachtet der mitleidigen Verwunderung meiner Gegner, für zivilistisch unmöglich halten, daß durch solche Geschäfte, also durch ***pactiones*** und ***stipulationes***, unmittelbar ein materiell dingliches Recht, also namentlich eine Servitut begründet werden könne).

2) Die Wahrheit des Gesagten geht noch insbesondere daraus hervor, daß in unsren Quellen zwar sehr zahlreiche Beispiele von Verträgen, namentlich von Stipulationen, über Servitute vorkommen, aber in allen ohne Ausnahme nur eine Obligatio als die Wirkung eines solchen Vertrags angeführt wird. Dies ist zunächst:

a) bei denjenigen Stipulationen außer allem Zweifel, die nur ein künftiges servitutem *dari* zum Gegenstand haben, denn daraus kann natürlich nur die obligatio ad servitutem constituendam hervorgehn, vgl. z. B. l 37. de usufr. (7, 1), l. 136. §. 1. de V. O. (45, 1). Gerade diese Stipulationen werden aber von den Römern unendlich oft mit dem Ausdruck servitutem, viam, iter stipulari bezeichnet, vgl. l. 11. de servit., l. 19. de serv. praed. rust., l. 25. §. 9. famil. herc. (10, 2), l. 3. pr. de cond. trit. (13, 3), l. 2. §. 1, l. 58, l. 75, l. 98, l. 126. §. 1, l. 140. §. 2. de V. O., l. 7. §. 1, l. 17, l. 26. de stipul. servor. (45, 3), l. 13. §. 1—3. de accept. (46, 4), und immer wird daraus nur ein Obligations-Anspruch auf Bestellung einer Servitut abgeleitet, während doch, wenn es wirklich eine das Servitutenrecht selbst begründende Stipulation gäbe, dergleichen Ausdrücke gerade hierfür recht eigentlich gepaßt hätten.

b) Außer den eben bemerkten Stipulationen kommen aber auch häufig noch andere vor, und zwar namentlich uti frui sibi licere, ire agere sibi heredique suo licere, vgl. z. B. l. 38. §. 10—12, l. 130. de V. O., oder: per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire, agere liceat, vgl. z. B. l. 2. §. 5, l. 4. §. 1, l. 38. §. 6, l. 49. §. 1, l. 75. §. 7, l. 85. §. 3, l. 111, l. 131. pr. de V. O. u. s. w., und gerade in Stipulationen dieser Art will namentlich Warnkönig a. a. O. die Verträge erkennen, durch welche das Servitutenrecht selbst begründet werde. Durch die bei a. aufgeführten sei freilich nur eine servitus debita, durch die hier bemerkten aber eine servitus constituta bewirkt worden. Es ist dies aber völlig irrig, und auch die Stipulationen der letztern Art legten dem Promittenten durchaus nur die obligatorische Verpflichtung auf, zu leiden, daß der Berechtigte die eingeräumte Handlung vornehme, eine Verpflichtung, welche nie mit der dinglichen actio confessoria, sondern immer nur mit der persönlichen actio ex stipulatu gegen den Promittenten und dessen Erben — nicht auch Singular-Successoren — erzwungen wird, wie aus den von Warnkönig selbst angeführten Stellen hinlänglich hervorgeht.

3) Wirklich wird nun auch die Tradition der Servituten häufig in unsern Quellen erwähnt, vgl. namentlich l. 11. §. 1. de Public. act. (6, 2), l. 25. §. 7. de usufr. (7, 1), l. 1. pr. quib. mod. usufr. amitt. (7, 4), l. 3. pr. si ususfr. petat. (7, 6), l. 20. de servit. (8, 1), l. 1. §. 2. de S. P. R., und daß namentlich nirgends bestimmt gesagt ist, es müsse die quasi-traditio dem blosen Vertrage hinzutreten, damit das dingliche Servitutenrecht entstehe, erklärt sich sehr einfach, wenn man bedenkt, daß zur Zeit der klassischen Juristen die Servituten jure civili allerdings nicht durch Tradition, sondern durch in jure cessio und theilweise durch Manzipation errichtet wurden (s. die folg. Nr.). — Wäre nun aber ein bloser Vertrag zur Bestellung der Servitut hinreichend,

so sieht man nicht ein, zu welchem Zweck die Tradition noch vorgekommen sein sollte. Zwar wendet man dagegen ein, daß die actio *Publiciana* stets die Tradition erfordert habe, aber es ist dies wohl kaum passend. Da nämlich die Publizianische Klage in den Fällen, in welchen das Recht selbst ohne Tradition erworben wird, ebenfalls keine Besitzübertragung voraussetzt, s. oben S. 666, so geht daraus, daß bei Servituten die actio Publiciana an vorausgehende Tradition gebunden ist, l. 11. §. 1. de publ. act., hervor, daß auch das Recht der Servitut selbst nicht durch blosen Vertrag gegründet werden konnte.

4) Der größere Theil der Stellen, auf welche sich die neue Theorie, allerdings mit einigem Anschein, stützt, läßt sich genügend auf andere Weise erklären, wenn man die Geschichte der Servituten-Erwerbung in's Auge faßt. Zur Zeit der früheren Pandekten-Juristen, wie namentlich noch des Gaius, konnten Servituten, abgesehen von dem nicht weiter hierher gehörigen legatum per vindicationem und der adjudicatio, nur vermittelst mancipatio (bei servit. praed. rust.), oder in jure cessio (bei allen Servituten), als dingliche Rechte bestellt werden, *Gai.* II. 29. und 30, vgl. auch *Ulp.* XIX. 11, *Vatic.* Fragm. §. 45, und eine dem bonitarischen Eigenthum ähnliche praetoris tuitione geschützte Servitut gab es damals noch nicht, weil man eine traditio bei unkörperlichen Sachen nicht statuirte, *Gai.* II. 19. 28, l. 20. de servit., l. 3. §. 2. de A. E. V. (19, 1), l. 43. §. 1. de A. R. D. (44, 1). War also die mancipatio oder in jure cessio unmöglich, wie namentlich bei Provinzialgrundstücken, *Gai.* II. 31, oder war man zur Vornahme dieser Handlungen nicht verpflichtet, wie namentlich, wenn man eine Servitut verkauft hatte (indem daraus nur die Verbindlichkeit zum tradere, d. i. zur Uebertragung der vacua possessio, nicht zum dare, d. i. zur Bestellung des Rechts selbst entstand) vgl. die erste Hälfte der l. 20. de servit. und l. 3. §. 2. de A. E. V. (19, 1): so konnte man sich nicht anders helfen, als daß man ein, dem dinglichen Rechte dem Inhalte nach ähnliches Obligations-Verhältniß entstehen ließ, was denn durch *pactiones* et *stipulationes* geschah, d. h. der Berechtigte ließ sich von dem Verpflichteten versprechen, daß er und seine Erben ihn nicht an der Ausübung der Servitut hindern wollten, und bedang sich darneben für den Fall des Entgegenhandelns eine Strafe, vgl. bes. *Theophil.* ad §. 4. J. de servit. (Wie hart und vielfach diejenigen getadelt worden sind, welche die Stelle des Gaius II. 31. auf die Begründung eines blosen Obligat.-Verhältnisses beziehen wollen, ist mir wohl bekannt: aber doch muß ich mich von Neuem diesem Tadel aussetzen, denn nicht nur, daß ich es für zivilistisch unmöglich halte, das dingliche Servitutenrecht durch solche Verträge entstehen zu lassen, und daß die von Gaius hier angeführten pactiones et stipulationes offenbar nur dasselbe Surrogat für die bei Provinzialgrundstücken unmögliche in jure cessio sind, wie die in l. 20. de serv. angeführte, jedenfals nur eine obligatio begründende, cautio für solche Fälle, in denen eine in jure cessio nicht verlangt werden konnte: so werde ich zu jener Auslegung des Gaius auch schon dadurch bewogen, weil ohnedies die Darstellung desselben höchst unlogisch sein würde. Unsre Gegner bürden nämlich im Grunde dem Gaius folgenden Schluß auf: „Servituten können blos durch Manzipation und in jure cessio errichtet werden. Bei Provinzialgrundstücken

kann keines von Beiden vorkommen; also — werden Servituten bei Provinzialgrundstücken durch pactiones et stipulationes konstituirt". Daß wirklich zu Gaius Zeiten eigentliche Servituten an Provinzialgrundstücken noch gar nicht bestellt werden konnten, dafür giebt auch das Reskript von Alex. Severus in l. 3. C. de servit. einen nicht unbedeutenden Beweisgrund). — Späterhin aber nahm die Doktrin eine quasitraditio der Servituten an (s. die bei Nr. 3. zitt. Gesetze), und damit entstand denn auch, analog dem Eigenthum, eine zweifache Art derselben, nämlich die servitus jure constituta (durch mancipatio und in jure cessio), und die servitus tuitione praetoris constituta (durch quasi traditio), vgl. l. 1. pr. quib. mod. ususfr. amitt. (7, 4), vgl. mit Vat. fr. §. 61, ferner l. 9. §. 1. usufruct. quemadm. cav. (7, 9), l. 3. si ususfr. petat. (7, 6) u. s. w., und die letztre trat namentlich stets auch bei Provinzialgrundstücken ein, Vat. fragm. §. 61. — Mit dem Aufhören jener solennen Uebertragungsformen mußte aber ähnlich, wie bei dem Eigenthum, dieser Unterschied der Servituten verschwinden und die *traditio* als die einzige Uebertragungsart der Servituten unter Lebenden übrig bleiben, so daß also auch zwischen den servitutes an fundi Italici und provinciales kein Unterschied mehr war, sondern das Recht der letztern auch bei den erstern angewendet wurde. Daraus erklärt sich denn auch die Maxime der Kompilatoren, überall, wo die ältern Juristen das eigenthümliche Recht der Provinzialgrundstücke vortrugen, dieses Recht zu generalisiren, wie dies bei §. 4. J. de servit. verglichen mit Gai. II. 31, und bei l. 1. pr. quib. mod. ususfr. (7, 4) vgl. mit Vat. fr. §. 61. evident nachgewiesen werden kann. Hierbei übersahen sie aber, daß sich dieses Recht der Provinzialgrundstücke, wie vorher angedeutet wurde, selbst verändert hatte, und so schlichen sich denn auch die pactiones et stipulationes, die doch nur für die Zeit, wo man noch keine Tradition der Servituten angenommen hatte, von wahrer Bedeutung waren, in die neue Gesetzgebung ein. Da dies aber offenbar nur aus Nachlässigkeit geschah, wie aus der gleichmäßigen Aufnahme des spätern Rechts zur Genüge erhellt, vgl. bes. die l. 20. de servit. (wo der Uebergang des frühern und spätern Rechts am klarsten hervortritt), so muß man gewiß im Sinne der Justinianischen Gesetzgebung in der Mehrzahl der Stellen, wo die pactiones et stipulationes aufgeführt werden, die nachfolgende quasitraditio als selbstverständlich subintelligiren, wie namentlich in §. 4. J. de serv. praed., §. 1. J. de usufr., l. 3. pr. de usufr., l. 12. C. de aedif. priv., während in andern es ganz unbedenklich ist, sie auch noch im Justinianischen Rechte gerade in derselben Bedeutung aufzufassen, in der ihre Konzipienten sie verstanden haben; und demnach ist hier nicht von Errichtung eigentlicher Servituten als dinglicher Rechte, sondern nur von obligatorischen Rechtsverhältnissen die Rede, welche ihrem Inhalte nach Servituten ähnlich sind, und worauf man auch die Grundsätze von Servituten so viel wie möglich anwandte, indem man z. B. einen so konstituirten ususfructus durch capit. deminutio erlöschen ließ, und demjenigen, dem auf diese Art der Nießbrauch eines Sklaven eingeräumt war, denselben Erwerb zusprach, wie wenn er den wirklichen Ususfruktus hätte, obwohl sie der Dinglichkeit durchaus entbehrten, und Alles daraus Hervorgehende natürlich bei ihnen wegfallen mußte. Eben daraus aber, daß man in

solchen Fällen die meisten Grundsätze von wahren Servituten zur Anwendung brachte, konnte auch leicht der Sprachgebrauch entstehen: man konstituire eine Servitut durch pactiones und stipulationes, und unter dieser Voraussetzung erklärt sich nicht nur *Gai.* II. 31. leichter in der oben angedeuteten Weise, sondern es kann dann auch die oben S. 751. abgedruckte l. 25. §. 7. de usufr. (wo neben dem ususfr. per traditionem constitutus auch noch der ususfr. per stipulationem constit. aufgeführt wird) sehr einfach im Sinne der richtigern Theorie erklärt werden, ohne daß man mit Francke u. A. eine Interpolation Tribonian's anzunehmen braucht. Ulpian will da nämlich nur sagen: der Erwerb falle dem Usufruktuar eines Sklaven immer zu, möge nun der Usufruktus jure, oder tuitione praetoris bestellt, oder möge auch nur durch Stipulation ein dem dinglichen Nießbrauchsrechte nachgebildetes obligatorisches Recht entstanden sein.

5) Andere Stellen, auf welche man sich wohl auch noch für die neue Theorie berufen hat, sind in der That ganz unbedeutend. So geht namentlich aus l. 3. §. 14. de vi, worauf z. B. *Schmidtlein,* diss. cit. p. 106. viel Gewicht legt, nur hervor, daß eine Servitut auch ohne Tradition entstehen kann, was meines Wissens noch Niemand bezweifelt hat (man denke nur z. B. an das *legatum* ususfructus), und was am wenigsten für Ulpian's Zeit bezweifelt werden kann, wo ja die Servituten regelmäßig ohne Besitzübertragung, nämlich durch in jure cessio, bestellt wurden; aber daß sie durch blose Verträge entstehe, kann aus diesem Gesetze nimmermehr abgeleitet werden. Wo möglich noch unbedeutender ist die l. 14. C. de servit., denn nicht nur, daß die Worte: in primo vel secundo quinquennio durchaus nicht gerade die zwei ersten Quinquennien nach Errichtung der Servitut bezeichnen sollen, sondern nur überhaupt: zwei Quinquennien, so würde doch auch, selbst, wenn man das Erstre annehmen wollte, durch nichts in dem Gesetze angedeutet sein, daß das erste Quinquennium von dem Augenblick des Vertrags an gerechnet werde.

6) Wenn in der bisherigen Erörterung nur die äußern Gründe, auf welche sich die Gegner besonders stützen, hervorgehoben sind, so ist jetzt auch noch — im Gegensatz, und, wie ich hoffe, zu besserer Bekräftigung meiner obigen Darstellung — anzudeuten, in welcher Weise die neue Theorie von den Vertheidigern derselben mit dem Entwicklungsgang des röm. Servitutenrechts in Verbindung gebracht worden ist, und zwar sind in dieser Beziehung besonders die Darstellungen von Schmidtlein, Zimmern, Hasse und Härtel zu berücksichtigen.

a) Schmidtlein geht wesentlich davon aus, daß, da die Servitut nur ein Theil des Eigenthums sei, auch ein analoger Bildungsgang des Eigenthums und der Servitut angenommen werden müsse. Es habe nun aber zur Zeit der klassischen Juristen bekanntlich ein duplex dominium gegeben, das ex jure Quiritium und das in bonis. Das erste sei bei res mancipi durch Mancipation, bei res nec mancipi durch Tradition entstanden, und später sei für beide Arten von Sachen die in jure cessio angewendet worden, welche ursprünglich zur Erwerbung unkörperlicher Sachen eingeführt gewesen sei. Das bonitarische Eigenthum dagegen sei durch Tradition entstanden, was sich von selbst erkläre,

da ja die Tradition die eigentliche materielle Grundlage der Manzipation sei, so daß, wenn man die letztre ihrer zivilrechtlichen Bestandtheile entkleibe, die Tradition übrig bleibe. Im neuesten römischen Rechte sei die Manzipation und in jure cessio, und überhaupt der Unterschied zwischen quiritarischem und bonitarischem Eigenthum weggefallen, und so sei denn sehr natürlich die Tradition als die regelmäßige Erwerbart des Eigenthums übrig geblieben. Ganz in derselben Weise müsse man nun auch für die Zeit der klassischen Juristen eine doppelte Art der Servitut annehmen. Für die quiritarische Servitut sei die regelmäßige Erwerbart die in jure cessio gewesen, und nur auf servitutes praed. rust., als auf res mancipi, habe man auch die mancipatio angewendet; ganz konsequent habe man nun also für die bonitarische Servitut die materielle Grundlage der In jure cessio als Erwerbart annehmen müssen, und dies sei eben der Vertrag; denn wenn man die in jure cessio ihrer zivilrechtlichen Bestandtheile entkleide, bleibe der Vertrag in ähnlicher Weise übrig, wie die Tradition bei der Manzipation. Daß demnach im neuesten röm. Rechte der Vertrag als die regelmäßige Erwerbart erscheine, sei durchaus natürlich, und daneben sei nur noch die Tradition aufgekommen, weil man das Eigenthumsrecht auch insofern auf die Servituten angewendet habe, daß man auch die bonae fidei possessio und die actio Public. darauf bezogen habe, wozu natürlich Tradition erforderlich gewesen sei. — Es braucht wohl kaum erinnert zu werden, daß diese historisch sein sollende Deduktion auf ganz willkührlichen Voraussetzungen beruht, und dabei namentlich die eigentliche Grundbedeutung der alten acquisitiones civiles, insbesondere der in jure cessio völlig verkannt ist.

b) Zimmern, dem im Wesentlichen auch *Molitor*, Schmidt und Keller a. d. aa. OO. beistimmen, ist für die ältere Zeit ganz der oben vertheidigten Ansicht, und erklärt auch namentlich die Stelle des Gaius II. 31. von blos obligatorischen Verhältnissen, und auch für die spätere Zeit statuirt er ganz richtig, daß die serv. tuitione praetoris constituta eine quasi-traditio als Regel vorausgesetzt habe. Es sei aber auch, ist seine fernere Deduktion, unter den römischen Juristen die Ansicht entstanden, daß, wenn Jemand eine Servitut durch Vertrag zugesagt habe, eine zu diesem Vertrag noch hinzukommende Stipulation „er wolle der Benutzung nicht im Wege stehen", die wirklich beginnende Ausübung entbehrlich mache, also schon gleichsam als Tradition zu betrachten sei, l. 3. §. 2. de A. E. V., l. 20. de serv., und diese Ansicht, wornach also durch die der pactio hinzutretende stipulatio („pactionibus et stipulationibus") gerade soviel gewirkt werde, wie durch Tradition, sei durch Justinian gebilligt worden.

c) Hasse erklärt die Stelle des Gaius II. 31. unbedingt von wirklich dinglichen Servituten, und nimmt also für die Provinzialgrundstücke pactiones und resp. stipulationes (bei welchen man nicht an Pönalstipulationen zu denken habe) als Entstehungsgrund wahrer Servituten an. Ob dies vor Justinian auch bei fundi Italici angewendet sei, lasse sich nicht bestimmt ermitteln, und wahrscheinlich sei es, daß hier die servitus praetoris tuitione constituta eine quasi traditio vorausgesetzt habe. Justinian aber habe jedenfalls das Recht

der Provinzialgrundstücke durchaus generalisirt, und so müßten denn für unser Recht blose Verträge allgemein als hinreichend erachtet werden.

d) Härtel betrachtet die Servituten, wie überhaupt alle **jura in re**, als **rei obligationes**, und hält darum Verträge für eine sehr passende Bestellungsform. Dies sei dagegen nicht auch mit der **quasi-traditio** der Fall, die sich durchaus nicht dazu eigne, und die auch wirklich in keiner Periode des römischen Rechts zu diesem Zweck angewendet worden sei. In der früheren Zeit seien nämlich **in jure cessio** und **mancipatio** die einzigen Errichtungsarten gewesen, und nur bei Provinzialgrundstücken seien auch Servituten durch **pactiones** und **stipulationes** konstituirt worden. Dieses Recht der Provinzialgrundstücke sei dann später (und zwar wahrscheinlich seit Zeno, **l. 12. C. de aedif. priv.**) generalisirt worden, und seitdem konnten alle Servituten durch blosen Vertrag errichtet werden. Dies sei aber nicht so zu verstehen, daß Servituten auch durch Stipulationen hätten konstituirt werden können; sondern die eigentliche Konstituirung sei nur durch **pactiones** möglich gewesen, und die damit in Verbindung gebrachten Stipulationen seien blos Pönalstipulationen, die man zu noch größerer Sicherheit beigefügt habe, deren Zufügung aber durchaus nicht wesentlich sei.

Anm. 2. Wenn ich in der vorigen Anm. die Regel, daß Servituten nicht durch blose Verträge, sondern nur erst durch **quasi traditio** konstituirt werden können, zu begründen suchte, so sind hier doch noch einige Modifikationen dieser Regel anzuführen:

1) Bei der ganzen vorigen Erörterung ist nur an die s. g. **servitutes affirmativae** gedacht worden, denn bei den s. g. negativen genügt gewiß schon der blose Vertrag. Es ist dies aber nicht als Singularität aufzufassen, sondern der Vertrag genügt hier darum, weil mit dem Abschluß des Vertrags sogleich auch der Besitz der eingeräumten Servituten erworben, und also ohne daß es eines besondern äußern Aktes bedürfte, die Quasitradition geschehen ist, vgl. v. Savigny, Besitz 6te Aufl. S. 602 fgg.

2) Ohne **quasi traditio** kann eine Servitut auch dadurch begründet werden, daß sich Jemand bei der Veräußerung einer Sache eine Servitut vorbehält. (Hierbei kommen begreiflich **pactiones et stipulationes** nicht vor, sondern es ist dies eine **lex mancipationi vel in jure cessioni**, und in späterer Zeit **traditioni adjecta**; und wenn man also aus der zivilistischen Möglichkeit dieses Falls ein gewichtiges Argument dafür hat entnehmen wollen, daß doch auch für andre Fälle eine Servituten-Begründung durch **pactiones et stipulationes** zivilistisch konstruirbar gewesen sein müsse, so beruht dies auf einem augenscheinlichen Fehlschluß). So lange zur Errichtung der Servitut noch eine **mancip.** oder **in jure cessio** erforderlich war, konnte freilich auch eine solche **deductio** nur dann Statt finden, wenn die Sache durch **mancipat.** oder **in jure cessio** auf den Andern übertragen wurde, **Vat. fr.** §. 47, vgl. *Gai.* **II. 33, Vat. fr.** §. 50. Für das Justinianische Recht ist es aber unzweifelhaft, daß auch im Falle einer Veräußerung durch Tradition, eine solche Reservation mit vollem Effekt geschehen kann, wie denn wahrscheinlich auch im früheren Rechte wenigstens eine **servitus praetoris tuitione constituta** dadurch entstand, vgl. **l. 33, l. 36. §. 1, l. 54. de usufr., l. 17. §. 3, l. 34. 35. de S. P. U.,**

l. 29. 30. de S. P. R., l. 3. 6. 7. comm. praedior., l. 49. quemadm. servit. amitt. (8, 6). Vgl. *Dirksen*, de variis denominationibus constitutionis jurium in re aliena per deductionem. Regiom. 1826, Ders. verm. Schriften I. S. 110 fgg., Gesterding, Ausbeute Bd. VI. S. 38 fgg., *Bruns* quid conferant Vat. fragm. ad mel. cogn. jus Rom. p. 91 sqq., *Muther*, comm. in fr. 6. comm. praed. p. 1 sqq., Dernburg, Pfandr. I. S. 272 fgg.

3) Aber nicht nur dann, wenn sich Jemand eine Servitut reservirt, bedarf es keiner besondern quasi traditio, sondern die Nothwendigkeit derselben fällt aus wesentlich gleichen Gründen auch in dem umgekehrten Falle weg, wenn Jemand, welcher zwei Grundstücke hat, das eine mit der Verabredung tradirt, daß demselben eine Servitut an dem andern, dem zurückbehaltenen, zustehen solle, l. 3. comm. praed.:

„Duorum praediorum dominus si alterum ea lege tibi dederit, ut id praedium, quod datur, serviat ei, quod ipse retinet, *vel contra*, jure imposita servitus intelligitur",

cf. l. 6. eod., l. 32. 33. 36. de S. P. R. — Manche römische Juristen, wie namentlich Pomponius in l. 8. comm. praed. gingen sogar noch weiter, indem sie eine Servitut auch dann als giltig konstituirt annahmen, wenn Jemand zwei Grundstücke zugleich an zwei verschiedene Personen tradirt, und hierbei dem Einen eine Servitut gegen das Andre auflegt, was jedoch Andre, wie namentlich Ulpian in l. 6. eod. verwarfen: „quia neque acquirere alienis aedibus servitutem, neque imponere potest". Vgl. auch *Haertel* l. c. cap. 5. p. 84 sqq., Gesterding a. a. O. S. 41 fgg., *Muther* cit. p. 17 sqq., s. jedoch auch Dernburg a. a. O. S. 274. Not. 5.

B. Durch Verjährung. §. 351.

Glück IX. S. 105 fgg., Seckendorf im ziv. Arch. IV. 11, Unterholzner, Verjährungsl. II. §. 187 fgg., Hasse im Rhein. Mus. II. S. 394 fgg., *Buss*, de servitutum, quam vocant aquisitivam, praescriptione. Frib. 1829, Bessel im ziv. Arch. XIII. 19, Hoffmann in Fuhr und Hoffmann zivil. Vers. I. No. 1, Derselbe, Servituten II. S. 122 fgg., Busch im ziv. Arch. XXXI. 6 und 12, Zielonacki S. 183 fgg., Muther, die Ersitzung der Servituten. Erl. 1852, Elvers S. 737 fgg., Heimbach S. 292 fgg.

1) *Paul.* l. 14. pr. de servit.: Servitutes praediorum rusticorum etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur; vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Idem etiam in servitutibus

praediorum urbanorum observatur. — 2) *Idem* l. 4. §. 29. de usurp. (41, 3): Libertatem servitutum usucapi posse, verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute.

3) *Ulp.* l. 19. pr. si serv. vind. (8, 5): Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.

4) *Antonin.* l. 1. C. de servit.: Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam exstruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito per judicem exercere non prohiberis; is qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet.

5) *Idem* l. 2. eod.: Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quod si ante id spatium ejus usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertineat, cujus est possessio.

Anm. Daß es einmal eine Usukapion der Servituten gegeben habe, ist nicht zu bezweifeln, da uns freilich nur in einer einzigen, aber völlig unverdächtigen (s. jedoch auch Hugo 11. Rg. S. 534) Stelle eine lex Scribonia genannt wird, welche zwar nicht die usucapio libertatis, wohl aber die Usukapion der Servituten selbst aufgehoben habe, Text 2. Alles Andre aber ist ungewiß, und namentlich auch schon das, ob es bei allen Servituten, oder etwa nur bei einer Art derselben eine solche Usukapion gegeben habe, vgl. Glück IX. S. 109 fgg. H. z. T. wird, besonders nach den Ausführungen v. Löhr's in sein. Magaz. III. S. 120 fgg. ziemlich allgemein angenommen, daß Usukapion blos bei serv. praed. *urban.* vorgekommen sei, und es stützt sich diese Annahme insbesondere darauf, weil bei serv. praed. rust. schon aus allgemeinen Gründen, nämlich wegen der mangelnden Kontinuität der Ausübung die Usukapion in Abrede gestellt wird, T. 1, und der anscheinend allgemeine Ausdruck in l. 4. cit. läßt sich damit auch recht gut vereinigen, da eine spezielle Beziehung auf die servitus praediorum urbanorum nicht unwahrscheinlich aus der Verbindung mit der usucapio libertatis hervorgeht, v. Löhr a. a. O., Unterholzner a. a. O. II. S. 133 fgg., *Buss* l. c. p. 11 sqq., Hameaux, die usuc. und praescr. longi temp. S. 30 fgg., Hoffmann II. S. 126 fgg., Puchta,

Kurs. II. §. 256, Zielonacki S. 183 fgg., Wirth, die libert. usucapio S. 7 fgg. Mag dies aber sein, wie es will (so nimmt z. B. Schmidtlein im ziv. Arch. IX. S. 158. Not. 31. wieder die schon früher nicht selten vertheidigte, gerade umgekehrte Meinung in Schutz, und Schilling, Bemerk. über Rechtsg. S. 169. Not. 449, nimmt wieder an, daß es bei allen Servituten eine Usukapion gegeben habe), soviel ist gewiß, daß nach der lex Scribonia, über deren Alter wir aber gar nichts Bestimmtes wissen, vgl. Glück IX. S. 111 fgg. Not. 2, eine Usukapion der Servituten überhaupt nicht mehr vorkommen konnte, und einige Zweifel erregt nur Paulus rec. sent. I. 17. 2, denn wenn es da heißt: servitus hauriendae aquae vel deducendae biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur, so scheinen die letztern Worte wenigstens für die durch non usus verloren gegangene Servitut einen Wiedererwerb durch zweijährige Ersitzung anzunehmen, s. auch Hugo a. a. O. und Schilling a. a. O. S. 170. Doch ist allerdings auch die andre Deutung möglich, daß die Servitut erhalten werde, wenn auch nur alle zwei Jahre einmal Gebrauch davon gemacht werde, Unterholzner II. S. 135. — Wenn nun also auch im spätern Rechte keine Usukapion der Servituten mehr vorkommen konnte, so entstand doch durch Gerichtsgebrauch die Ansicht, daß durch langjährige Ausübung (diuturnus usus, longa quasi possessio, longae possessionis praerogativa, longa consuetudo, longi temporis consuetudo, niemals auch longi temporis praescriptio) wenigstens eine actio utilis erworben werden könne; und so vielfach hierbei auch ohne Zweifel die Analogie der bei dem Eigenthum vorkommenden longi temporis praescriptio mitgewirkt hat, so sind doch beide Institute keineswegs in allen Beziehungen nach völlig gleichen Grundsätzen zu beurtheilen. Auf das Bestimmteste muß man sich aber gegen die Idee erklären, welche neuerlich Bessel im ziv. Arch. XIII. S. 380 fgg. vertheidigt hat, daß nämlich von einer Servituten-Verjährung nur dann die Rede sein könne, wenn eine quasi traditio von Seiten eines Nichteigenthümers vorgekommen sei; denn dem wahren Eigenthümer gegenüber gebe es keine andre, als Immemorial-Verjährung, sondern hier sei stets eine eigentliche vertragsmäßige Konstituirung der Servitut erforderlich. Es sieht aber Jeder, welcher mit Unbefangenheit unsre Quellen betrachtet, leicht, daß durch diese Behauptung das eigentliche Gebiet der Servituten-Verjährung völlig verrückt ist, indem dieselbe gerade umgekehrt recht eigentlich dem Eigenthümer gegenüber ihre Bedeutung hat. Dies ist auch in der That allgemein anerkannt. Besonders bestritten sind aber folgende Punkte:

1) Während die herrschende Lehre von jeher dahin ging, daß bei dieser Verjährung nach Analogie der longi temporis praescriptio eine Zeit von 10 und resp. 20 Jahren angenommen werden müsse, hat in neuerer Zeit besonders Zimmern in seinen und Neustetels römischrechtl. Unters. Nr. 5. die Behauptung aufgestellt, man dürfe hierbei gar keine bestimmte Zeit statuiren, sondern in jedem einzelnen Falle entscheide das Ermessen des Richters. Er beruft sich dafür theils auf den schon vorher berührten Umstand, daß für diese Art der Verjährung niemals der Ausdruck praescriptio vorkomme, weshalb die Analogie dieser hierbei völlig irrelevant sei, um so mehr, da in l. 10. §. 1. de usurp.

ausdrücklich erklärt sei, „ut servitutes nusquam longo tempore capi possint", und auf eine unbestimmte Zeit weise auch jedenfalls l. 10. pr. si serv. vindic. („per annos forte tot") hin. Mit Recht aber ist diese Ansicht fast allgemein verworfen worden, denn nicht nur, daß sie innerlich unnatürlich ist, indem es an jedem Prinzip für das richterliche Ermessen fehlen würde, und daß sich Zimmern mehrfach auf Stellen beruft, welche von der Immemorial-Verjährung handeln, so sind auch gewiß die Ausdrücke longum tempus und ähnliche in der Lehre von der Verjährung technisch und bezeichnen die Zeit von 10 bis 20 Jahren, vgl. bes. *Paul.* V. 5a. §. 8. Sehr sprechend für die richtige Theorie ist auch besonders noch die l. 2. C. de servit. (T. 5.), denn dort wird nachdem vorher gesagt ist, die Servitut werde exemplo rerum immobilium, tempore erworben, nachher hinzugefügt: quod si ante *id spatium* ejus usus tibi interdictus est, wodurch doch gewiß klar genug auf die Zeit der Sach-ersitzung hingedeutet ist. Ganz entscheidend ist aber die l. 12. i. f. C. de praescript. longi temp. (7, 33). Nachdem nämlich in dieser Stelle der Begriff der absentia, wobei 20, und der praesentia, wobei 10 Jahre erfordert würden, auf die bekannte Weise bestimmt ist, setzt der Kaiser am Schluß hinzu: Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, sicut ususfructus et ceterae servitutes. Freilich will Zimmern diese Worte auf den non usus, nicht aber auf die erwerbende Verjährung beziehen, was jedoch nicht nur ganz willkürlich, sondern insbesondere noch darum völlig unpassend ist, weil auch der erste Theil der Verordnung gerade von erwerbender Verjährung handelt. — Die von Zimmern für seine Meinung vorzüglich angeführten Gesetze sind ebenfalls leicht hinwegzuräumen. In l. 10. pr. si serv. vind. nämlich geht das per annos forte *tot* nicht, wie Zimmern will, auf etwas Unbestimmtes, sondern es dient, ähnlich wie unser: so und so viel, dazu, um kurz anzudeuten, was nicht genau angegeben zu werden braucht, weil es nicht eben auf die Summe ankommt, vgl. z. B. l. 4. pr. de reb. dub. (34, 5). Wollte man aber auch wirklich hierin eine Hindeutung auf etwas Unbestimmtes finden, so würde dies doch niemals in dem Zimmern'schen Sinn anzunehmen sein, sondern es würde darin nur ein Beweis für den auch innerlich nicht unwahrscheinlichen Satz enthalten sein, daß die Zeit der Verjährung zwar immer bestimmt, aber in Italien und den einzelnen Provinzen verschieden gewesen sei, was dann im späteren Rechte natürlich weggefallen sein würde. — Welche Bedeutung die auch von Zimmern für sich angeführte l. 10. §. 1. de usurp.:

> „Hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint",

im Justinianischen Rechte habe — denn daß ursprünglich statt longo tempore capi hier *usucapi* stand und darin nur der Satz ausgesprochen wurde, es gebe keine Usukapion der Servituten, ist kaum zu bezweifeln — ist allerdings unter den Auslegern bestritten. Am wahrscheinlichsten versteht man dieselbe mit *van de Water*, obss. jur. Rom. II. 18. so: es sei keinem Zweifel unterworfen, daß man, ohne Eigenthümer eines bestimmten Grundstücks zu sein, keine Servitut ersitzen könne; und diese Erklärung ist wohl zutreffender, als die von Thibaut, wornach darin nur eine translative Verjährung verboten sein soll.—

Gegen Zimmern haben sich auch erklärt: Thibaut im civ. Arch. V. S. 323 fgg., Du Roi im z. Arch. VI. S. 287. Not. 53, Unterholzner, Verj. II. S. 150 fgg., *Buss* l. c. p. 23 sqq., Hasse im Rh. Mus. II. S. 398 fgg., Seuffert, Erört. S. 63, Fritz, Erläutr. S. 383 fgg., Luden S. 171, Hoffmann II. S. 168 fgg., Savigny, System IV. S. 493 fgg. Not., Busch a. a. O. S. 256, Zielonacki S. 197 fgg., Muther S. 38 fgg., Elvers S. 738 fgg., Heimbach S. 306 fgg. und außerdem sämmtliche Lehrbücher, denn auch Wening trat später wieder zu der herrschenden Lehre über, nachdem er freilich in der 2ten Ausg. sich zu Zimmerns Meinung bekannt hatte. — Die früher nicht selten vertheidigte Meinung, s. Glück IX. S. 148. Not. 5, daß bei servitutes discontinuae nur Immemorial-Verjährung Statt finden könne, entbehrt so sehr jeden Grundes und ist h. z. T. auch so allgemein verworfen, daß man sie als völlig abgethan betrachten darf, obwohl die Praxis noch vielfach daran festhält, vgl. Pfeiffer, prakt. Ausführ. II. S. 114 fgg., VII. S. 254 fgg., Flach, Entscheidungen II. Nr. 1, Hufnagel, Mittheil. II. S. 132 fgg. Allerdings aber muß bei solchen servitutes discontinuae eine größere Zahl von Handlungen, welche sich über die ganze Verjährungszeit vertheilen, nachgewiesen werden, wenn auch nicht gerade für jedes einzelne Jahr eine Beweisführung nöthig ist, vgl. Busch a. a. O. S. 257 fgg., Einert in der Sächs. Zeitschr. N. F. II. S. 4 fgg., Heimbach S. 311 fgg.; a. M. wieder Pernitzsch in der Sächs. Zeitschr. V. S. 506 fgg.

2) Anerkannter Weise ist es ein nothwendiges Erforderniß der Servituten-Ersitzung, daß man die fragliche Gerechtigkeit *nec vi, nec clam, nec precario* ausgeübt habe, T. 3. 4, l. 1. §. ult. de aqu. et aqu. pluv. arc. (39, 3). Die meisten älteren (vgl. die bei Glück IX. S. 140. Note 86. Angeff.) und neueren (s. unten) Juristen bleiben auch hierbei stehen, und verlangen weder einen justus titulus, noch auch Wissenschaft von Seiten des Herrn der dienenden Sache. Doch sind Manche andrer Meinung, indem sie entweder allgemein einen justus titulus erfordern (s. Glück S. 140. Note 85. und neuerlich besonders Bessel in der schon oben angef. Abh. und Muther S. 16 fgg.), oder doch wenigstens in Ermangelung desselben eine scientia domini, also im Grunde eine stillschweigende Einwilligung desselben, verlangen (Glück S. 141. Note 88; dieser Ansicht tritt Glück selbst bei). Die herrschende Lehre, wornach es weder auf einen Titel, noch auf Wissenschaft ankommt, sondern eine nicht vitiöse quasi possessio genügt, kann gewiß allein mit den Aussprüchen der Quellen vereinigt werden, denn nicht nur, daß nirgends das Vorhandensein eines Titels verlangt wird, so ist auch umgekehrt in l. 10. pr. si serv. vind. (T. 3.) mit klaren Worten ausgesprochen, daß ein solcher nicht nöthig sei. Die Auslegung Bessel's a. a. O. §. 13 fgg., S. 395 fgg., bes. S. 398 fgg., wornach Ulpian nur sage, wer sich auf Verjährung berufe, der brauche keine zivilistische Begründungsform, ein Legat [Manzipation, in jure cessio] u. dgl. nachzuweisen [obwohl er natürlich nach den Prinzipien der longi temporis praescriptio einen justus titulus haben müsse], ist nur eine Folge seiner oben bemerkten irrigen Grundansicht, und scheitert offenbar an den Worten ut ostendat etc., die den Gegensatz zu den vorhergehenden non est ei necesse docere rel. bilden, und also alle wesentlichen Requisite der Verjährung umfassen sollen. Daß man sich für die Noth-

wendigkeit eines **justus titulus** nicht auf l. 2. C. de servit. („exemplo rerum immobilium“), und l. 12. C. de praesc. longi temp. „Eodem observando“ rel.) berufen darf, kann nicht bezweifelt werden, da die hier vorkommende Hinweisung auf die Eigenthumsverjährung sich nicht auf die sämmtlichen Requisite derselben, sondern offenbar nur auf die Zeitdauer erstreckt. — Für die andere Ansicht, daß wenigstens die Wissenschaft des Eigenthümers erforderlich sei, läßt sich allerdings ein scheinbares Argument aus l. 2. C. de servit. *(„eo sciente“)* entnehmen; aber bedenkt man, daß ein solches Requisit sehr singulär wäre, und bei keiner andern Art von Verjährung vorkommt, und daß nirgends, als nur in diesem Reskripte, desselben Erwähnung geschieht, so muß man jene Worte offenbar nur als enunziative betrachten. In dem dem Kaiser vorgelegten Falle hatte der Eigenthümer wirklich Kunde von der Ausübung der Servitut gehabt, und die Anführung dieses Umstands erschien allerdings als relevant, theils weil daraus der Mangel der Klandestinitas evident hervorging, theils weil die Anfrage alternativ auch den Kostenersatz betraf, und dabei die **scientia domini** als wichtig angesehen werden konnte. — Die richtige Ansicht wird auch von den meisten Neueren vertheidigt, vgl. außer den Lehrbb. auch noch Zimmern a. a O. S. 180 fgg., Roßhirt im ziv. Archiv IX. S. 6 fgg., Seuffert, Erörtrungen II. S. 64, Unterholzner II. §. 176 fgg., S. 180 fgg., *Buss* l. c. p. 41 sqq., Hasse im Rhein. Mus. II. S. 400 fgg., Hoffmann in dessen und Fuhr's zivilr. Versuchen I. Nr. 1. (welche letztere Abhandlung sich auch besonders mit der abweichenden Ansicht Bessel's beschäftigt), Ders., Servit. II. S. 134 fgg., S. 158 fgg., Savigny, System IV. S. 494, Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 585 fgg. Note 42, Busch a. a. O. S. 407 fgg., Zielonacki a. a. O. S. 105 fgg., Elvers S. 740 fgg., Heimbach S. 304 fgg. — Was noch die Frage anbelangt, wer den Beweis zu übernehmen habe? so hat namentlich v. Seckendorf im zivil. Archiv IV. S. 89 fgg. besonders wegen l. 10. pr. si serv. vind. („ut ostendat“ rel.) die Behauptung aufgestellt, der, welcher sich auf Verjährung berufe, müsse auch das Nichtvorhandensein eines **vitium possessionis** beweisen, vgl. auch Gett, Erörtr. S. 232 fgg. Da dies aber offenbar allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast widerspricht, so ist es gewiß richtiger, den Sinn der l. 10. cit. dahin zu bestimmen, „daß die zum Beweise der Verjährung angeführten Handlungen nicht als gewaltthätige, heimliche oder bittweise ausgeübte erscheinen dürfen“. Darnach wird also nicht der Beweis verlangt, daß diese **vitia** nicht vorhanden sind, sondern es wird nur erfordert, daß keine Handlung zum Beweis genommen werde, welche das Gepräge eines dieser **vitia** an sich trägt, vgl. Unterholzner S. 189 fgg., Hasse a. a. O. (welcher jedoch dem Verjährenden wenigstens den Beweis der Oeffentlichkeit der Handlungen auflegt, aber freilich aus Gründen, die nur aus allgemeinem Raisonnement hervorgehn, und wenigstens für mich nichts Ueberzeugendes haben), vgl. auch Gensler in den Noten zu der angef. Abh. von Seckendorf S. 91 fgg. Note 17 fgg. und Busch a. a. O. S. 254 fgg.

3) Es versteht sich von selbst, daß juristischer Besitz der Servitut erforderlich ist, d. h. daß bei den einzelnen Handlungen der **animus jus sibi habendi**, also der Wille, ein Servitutenrecht auszuüben, vorhanden sein muß,

l. ult. quemadm. serv. amitt. (8, 6), l. 1. §. 6, l. 7. de itin. (43, 19), Albert, Besitz unkörperl. Sachen §. 111 fgg., Hufnagel, Mittheilungen II. S. 134 fgg., Busch a. a. O. S. 243 fgg. Daß aber nach römischem Rechte auch guter Glaube nöthig sei, wie Viele behaupten, vgl. z. B. Glück IX. S. 132 fgg., Unterholzner II. S. 179, Schwarze und Heyne, Untersuch. prakt. wichtiger Materien S. 58 fgg., Busch a. a. O. S. 412 fgg., Muther S. 16 fgg. läßt sich gewiß nicht mit Grund vertheidigen, da dieses Erforderniß nirgends in den Quellen erwähnt wird, und die Analogie der longi temp. praescriptio hier um so weniger anwendbar ist, da bei dieser letztern die bona fides offenbar mit dem Erforderniß des justus titulus zusammenhängt, und bei der Servituten-Verjährung kein titulus nöthig ist, vgl. auch Möllenthiel, guter Glaube S. 104 fgg., Zimmern a. a. O. S. 119 fgg., Seuffert, Erörtr. S. 64 fgg., Puchta, Kursus II. §. 256. Note ff. u. A. m. Nach kanonischem Rechte muß dagegen gewiß auch für die Servituten-Verjährung der gute Glaube als wesentliches Erforderniß anerkannt werden, c. 20. X. de praescr. (2, 16), und dieses ist auch von jeher die communis opinio in Deutschland gewesen.

4) Streitig ist es auch, ob blos bei Real-, oder ob auch bei Personal-Servituten Verjährung Platz greife? Namentlich hat sich Zimmern in der angef. Abh. auch in dieser Beziehung gegen die herrschende, bejahende Meinung erklärt, aber auch hier wohl mit Unrecht. Freilich ist in keiner Pandektenstelle ausdrücklich hiervon die Rede, obwohl in l. 1. §. ult. de aqua et aqu. pluv. arc. (39, 3) allgemein servitutes genannt werden; aber in den oben angeführten Endworten der l. 12. C. de praescr. long. temp. wird der ususfructus ausdrücklich angeführt. — Eben so unbegründet wie diese Ansicht ist auch die andre, welche Bessel a. a. O. §. 24. S. 410 fgg. aufgestellt hat, daß bei negativen Servituten die Verjährung nicht vorkomme, denn namentlich auch in den Endworten der l. 12. C. cit. heißt es ganz allgemein: *et caeterae servitutes.*

5) Es versteht sich wohl von selbst, daß an den Sachen, an denen die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen ist, auch die 10- oder 20jährige Servituten-Verjährung nicht vorkommen kann, (s. jedoch auch Puchta, Lehrbuch §. 188. Note m.). Ob aber dann nicht, eben so wie das Eigenthum auch Servituten durch 30- und resp. 40jährige praescriptio erworben werden können, ist streitig. Da die l. 8. C. de praescr. XXX. annor. (7, 39), welche die praescriptio longissimi temporis einführte, durchaus nur vom Eigenthume redet, eine analoge Ausdehnung einer Verjährung aber nicht statuirt werden darf, so muß man wohl — freilich gegen die herrschende Lehre —, die Existenz einer außerordentlichen Servituten-Ersitzung in Abrede stellen, vgl. auch Fritz, Erläutr. S. 382. 83, Bessel a. a. O. §. 33. S. 423 fgg., Hoffmann II. S. 173 fgg.

C. Durch Gesetz und richterliches Urtheil. §. 352.

III. Von den Rechtsmitteln wegen Servituten.

A. Actio confessoria und negatoria. §. 353.

Dig. VII. 6. si ususfructus petatur vel ad alium pertinere

negetur; VIII. 5. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. — *Westphal* l. c. §. 964 sqq., Glück X. S. 207 fgg., Luden S. 243 fgg., Hoffmann II. S. 223 fgg., Schmid, Handb. I. §. 17. S. 368 fgg., Zielonacki S. 218 fgg., Sell, dingl. Rechte I. S. 386 fgg., Heimbach S. 336 fgg., Elvers S. 797 fgg., Pagenstecher, Eigenthum III. S. 182 fgg. Vgl. auch Schmidt (v. Ilmenau), zur Lehre von der conf. und der negat. actio; in der gesch. Zeitschr. XV. S. 149 fgg., Zimmermann und Schäffer im prakt. Arch. II. S. 308 fgg., *Pernice* comm. duae p. 129 sqq., Witte in Gieß. Zeitschr. N. F. XIII. S. 378 fgg., Hesse, die Rechtsverhältnisse der Grundstücksnachbarn Bd. II. S. 8 fgg.

1) *Ulp.* l. 2. pr. si serv. vindic.: De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria; confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat.

2) *Idem* l. 5. pr. si ususfr. petat.: Uti frui jus sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet. Nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim, non de alieno jure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo jure agere videtur, quam alieno, quum invito se negat jus esse utendi fructuario, vel sibi jus esse prohibendi. Quodsi forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.

Anm. 1. Während die herrschende Lehre dahin geht, daß die actio confessoria von dem angeblichen Servitutberechtigten, die negatoria s. negativa aber von dem Eigenthümer der angeblich dienenden Sache angestellt werde, stellt umgekehrt *Veltheim,* de act. confessor. et negator. Kil. 1822, nach dem Vorgange mancher Aelteren (s. die bei Glück X. S. 231. Note 56 Angeff.) den Satz auf, die actio confessoria werde überhaupt von demjenigen angestellt, welcher für sich das Recht zu positiven Befugnissen in Anspruch nehme, die actio negatoria aber von demjenigen, welcher intendire, der Gegner dürfe etwas nicht thun. Die actio confessoria werde also theils von dem angeblichen dominans, wenn derselbe die Existenz einer affirmativen Servitut, theils von dem angeblichen serviens, wenn dieser die Nichtexistenz einer negativen Servitut behaupte, und

eben so werde auch die actio negatoria theils von dem dominans, theils von dem serviens angestellt, von dem erstren, wenn er die Existenz einer negativen, von dem zweiten, wenn er die Nichtexistenz einer affirmativen Servitut behaupte. Dieser Meinung haben sich denn neuerlich auch Fritz, Erläutrungen zu Wening S. 359 fgg., S. 363 fgg. und in der von ihm besorgten Ausgabe von Wening's Lehrbuch §. 151 und Zielonacki a. a. O. S. 219 fgg. angeschlossen, vgl. auch *Pernice* cit. p. 134 sqq., Keller, Pand. §. 184. Man beruft sich aber für diese Begriffsbestimmung theils auf Theoph. ad §. 2. J. de act., woraus hervorgehe, daß die positive oder negative Fassung der intentio den Grund jener Klagen-Unterscheidung abgegeben habe, theils auf §. 2. J. de act., indem hier als Beispiel für die act. conf. das jus altius tollendi, und für die actio negatoria das jus altius non tollendi angeführt werde. — Daß diese neue Theorie verwerflich ist, und man bei der vorher angedeuteten, gewöhnlichen Begriffsbestimmung stehen bleiben muß, kann wohl kaum bezweifelt werden, wenn man nur die l. 2. pr. si serv. vind. (T. 1.) und die Rubriken der hierher gehörigen Pandektentitel ins Auge faßt, und wie wenig die Darstellung des Theophilus uns zu einer andern Terminologie bestimmen kann, geht aus folgenden Worten desselben a. a. O. (edid. Fabrot. p. 605) hervor: „In incorporalibus et confessorie et negatorie [in rem agimus]. Confessorie quidem, cum dico, si paret usumfructum meum esse; negatorie vero, cum id jus nego adversarium habere, dicens, si paret adversarium jus utendi fruendi fundo meo non habere. Sic igitur in incorporalibus non idem confesssorie agit et negatorie, sed confessorie quidem is, qui se jus illud, de quo quaeritur, habere dicit, veluti usumfructum aut servitutem in alterius proprietate. Negatorie vero agit ipse dominus fundi aut aedium, affirmans adversarium usum fructum aut servitutem in fundo suo, aut aedibus non habere“. Daß eben so wenig aus den in §. 2. J. de act. angegebenen Beispielen ein Argument für jene neue Theorie entlehnt werden kann, geht aus einer früheren Erörtrung hervor, vgl. oben §. 342. Anm. 3., wo auf eine, wie ich denke, völlig genügende Weise, die Institutionenstelle mit den richtigen Begriffen unsrer Klagen in Einklang gebracht ist. Vgl. auch Glück X. S. 231 fgg., Schmidt a. a. O. S. 159 fgg., Sell S. 387 fg. Note, Heimbach S. 337 fg., Witte S. 394 fgg.

Hieraus ergiebt sich nun auch von selbst, daß die actio negatoria nicht sowohl eine Servituten-, als vielmehr eine Eigenthumsklage ist, und daß sie von der rei vindicatio sich nicht dem Klagegrunde, sondern nur der Veranlassung nach unterscheidet, indem die erste Klage bei totaler, die zweite bei partieller Verletzung des Eigenthums eintritt. Die Richtigkeit dieser h. z. T. auch sehr allgemein angenommenen Ansicht ist um so weniger zu bezweifeln, da die negatorische Klage gar nicht auf den Fall beschränkt ist, wenn ein Dritter sich eine Servitut anmaßt, sondern auch bei andern partiellen Eingriffen in das Eigenthum, und selbst auch bei solchen anwendbar ist, die unmöglich als Folge einer Servitut erscheinen können, vgl. bes. l. 11. und l. 14. §. 1. si serv. vind. vgl. mit l. 26. de S. P. U., s. aber auch l. 8. §. 5, l. 13, l. 17. pr. si serv. vind., l. 2. de arb. caed. (43, 27), l. 6. §. 2. arbor. furt. caes. (47, 6), und wenn jetzt

Schmidt a. a. O. S. 170 fgg. die gegentheilige Meinung vertheidigt, (vgl. auch Brinz, Lehrbuch §. 67, Hesse a. a. O. S. 15 fgg. u. A. m.) so hat er sich einige Seiten vorher schon selbst widerlegt, indem er a. a. O. S. 166 ausführt, und, wie ich glaube, mit vollem Rechte, daß nach l. 11. si serv. vindic. die actio negatoria oder prohibitoria auch unter Miteigenthümern Statt findet, und hier eine Servitut doch gewiß nicht begründet sein kann. — Die anderweite Ansicht, die in neuerer Zeit noch besonders an Duroi im civ. Archiv VI. S. 298 einen Vertheidiger gefunden hat, s. auch Fritz, Erl. zu Wening S. 365 fgg. und Zielonacki S. 233 fgg., daß nämlich nicht das Eigenthum, sondern die Freiheit des Grundstücks, der eigentliche Klaggrund sei, in ähnlicher Weise, wie die persönliche Freiheit bei dem judicium liberale, ist schon darum unhaltbar, weil diese s. g. Freiheit des Grundstücks ja offenbar kein besondres Recht ist, sondern damit eben nur das volle Eigenthum des dominus ausgedrückt wird, in ähnlicher Weise wie auch die persönliche Freiheit kein eigenthümliches Rechtsverhältniß, sondern eben nur das Eigenthum über sich selbst andeutet, s. auch Puchta im Rhein. Mus. I. S. 178 fgg. —

Zachariä von Lingenthal in der gesch. Zeitschrift XII. S. 278 fgg. will aus l. 11. si serv. vindic., l. 5. pr. si ususfr. petat., und insbesondere aus einem interessanten Schol. des Stephanus zu dieser letztren Stelle (ad Basil. XVI. 6. 5; in Zach. Suppl. Basil. Heimb. p. 112 sqq.), vgl. auch noch schol. ad Basil. LX. 16. 6. bei Heimbach V. p. 556, noch eine eigne *actio prohibitoria* des Eigenthümers konstruiren, die, wenn auch meistens mit der *actio negatoria* zusammenfallend, doch nicht identisch mit derselben sei, indem sie auf der einen Seite weiter reiche, auf der andern Seite aber beschränkter sei, als diese. In der That ist denn auch nach jenen Zeugnissen nicht zu bezweifeln, daß es neben der formula negat. („si paret jus No. No. non esse ire agere invito Ao. Ao.") noch eine positiv gefaßte formula prohibitoria gab („si paret Ao. Ao. jus esse prohibere Nm. Nm. ire agere"), und auch schon ältere Juristen haben dies, ohne jenes so bestimmt redende Schol. des Stephanus zu kennen, angenommen, vgl. z. B. *Brisson.* de formul. lib. V. c. 24; aber eine materielle Verschiedenheit zwischen diesen beiden formulae, und einen verschiedenen Umfang ihrer Anwendbarkeit nachzuweisen, dürfte auch Zachariä'n nicht gelungen sein. Stephanus in dem Schol. cit. sagt hiervon nichts, sondern deutet vielmehr geg. E. desselben, eben so, wie Ulpian in l. 5. cit. auf das Gegentheil hin, und Zachariä ignorirt bei seinen Argumentationen den bei der form. negat. wesentlichen Zusatz: *„invito Ao. Ao."*. Hält man diesen Zusatz fest, so dürfte sich schwerlich verkennen lassen, daß hier nur ein andrer Ausdruck, aber keine materielle Verschiedenheit vorliegt. Vgl. auch nicht sowohl Stephan in der gesch. Zeitschr. XIV. S. 274 fgg., dessen Widerlegungs-Versuch Wenige befriedigen wird, als vielmehr Schmidt a. a. O. S. 163 fgg., Heimbach S. 340 fg. Note, *Pernice* cit. p. 162 sqq., Witte a. a. O. S. 391 fgg. (wo auch eine interessante Stelle eines noch nicht edirten Byzantinischen Juristen mitgetheilt wird, worin mit direkten Worten die totale Gleichheit der a. negatoria und der a. prohibitoria ausgesprochen wird).

Anm. 2. Faßt man das Wesen der actio negatoria so auf, wie es in der zweiten Hälfte der vorigen Anm. angedeutet wurde, so beantwortet sich ganz von selbst die so unendlich bestrittene Frage über die Beweislast bei dieser Klage. Da nämlich das Eigenthum das einzige Fundament der negatorischen Klage ist, so muß der Kläger dieses, wenn es von dem Gegner in Abrede gestellt wird, allerdings beweisen, aber auch nur dieses, und niemals ist ihm noch der weitere Beweis, daß dem Verklagten keine Servitut zustehe, aufzulegen. Hat nämlich der Kläger sein Eigenthumsrecht dargethan, so hat er damit nicht nur einen Anspruch auf Schutz gegen totale Verletzung desselben, sondern auch natürlich gegen partielle Störung gewonnen, und behauptet der Verklagte, einen rechtlichen Anspruch zu dem Einen oder dem Andern zu haben, so liegt es ihm ob, denselben zu beweisen. Freilich folgt daraus, daß ich mein Eigenthum dargethan habe, noch nicht, daß der Andre keine Servitut haben könne. Wie man aber aus dieser Möglichkeit eine Verbindlichkeit des Klägers ableiten kann, das wirkliche Nichtvorhandensein einer solchen Servitut darthun zu müssen, ist mir unbegreiflich. Wenn ich als Vindikant nachgewiesen habe, ich sei Eigenthümer der in Anspruch genommenen Sache geworden, so sind doch noch viele Fälle möglich, in denen der Verklagte nichts desto weniger einen rechtlichen Anspruch auf meine gänzliche Ausschließung haben kann; er kann nachher Eigenthümer geworden sein, er kann sich in einer Lage befinden, worin er mich zwingen kann, die Veräußerung eines Dritten anzuerkennen u. dgl. m. Wer denkt aber daran, wegen dieser Möglichkeiten dem Kläger einen Beweis aufzubürden, daß keiner dieser Fälle wirklich vorhanden sei? Jeder gesteht vielmehr zu, es liege hier dem Verklagten ob, seine exceptio dominii, rei venditae et traditae u. dgl. zu beweisen. Gerade so verhält es sich aber offenbar, wenn ich einen blos partiellen Eingriff in mein Eigenthum abwenden will; und, wie es anerkannt ist, daß, wenn ich mit der vindicatio gegen Jemanden auftrete, der mir die Herausgabe der Sache wegen eines angeblichen Pfandrechts verweigert, dem Verklagten der Beweis aufzulegen ist, vgl. l. 10. C. de pignor. act. (4, 24), gerade so sollte es billiger Weise auch nicht bezweifelt werden, daß dem Verklagten bei der actio negatoria der Beweis des Nießbrauchs oder einer andern Servitut obliege. Einen sehr sprechenden gesetzlichen Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht giebt auch offenbar die abgedruckte (T. 2.) l. 5. pr. si usufr. petat., besonders in den Worten: „magis de *suo* agere videtur, ——— *sibi jus esse prohibendi*", vgl. auch arg. l. 10. pr. si serv. vind., l. 60. §. 4. de usufr., l. 3. §. 13. de itin., l. 7. de aqua quotid., und besonders interessant ist auch noch das schon am Ende der vorhergehenden Anm. besprochene Schol. des Stephanus zu l. 5. si usufr. petat., wo mit dürren Worten gesagt ist, daß der Kläger bei der a. negat. und prohibitoria gerade nur das Eigenthum zu beweisen hat (auf welches letztere Argument zuerst *Pernice* p. 182 sqq und *Witte*, de onere prob. in neg. act. p.38. und in Gießer Zeitschr. XIV. S. 150 aufmerksam gemacht haben).— Hervorzuheben ist aber hierbei noch, daß der Kläger das Eigenthum wirklich beweisen, nicht blos bescheinigen muß, und daß dieser Beweis ihm nicht blos obliegt, wenn er nicht im Besitz der fraglichen Sache ist. Unbestritten ist dies freilich nicht, aber die Gründe für die abweichenden Meinungen (vgl. darüber

Glück X. S. 247 fgg. und die da Angeff.) sind so unbedeutend, und beruhen größtentheils auf einer so offenbaren Verkennung des eigentlichen Wesens der actio negatoria, daß eine besondere Widerlegung derselben überflüssig ist, vgl. darüber besonders Puchta im Rhein. Mus. I. S. 165 fgg.

Wenn auch die hier vertheidigte Meinung von jeher die meisten Anhänger zählte, und namentlich auch h. z. T. von den bei Weitem Meisten vertheidigt wird, vgl. bes. *Pufendorf,* Observ. lib. I. obs. 37, *Kind,* quaest. form. tom. I. c. 105, Hufeland, Beiträge St. 4, Nr. 10, *Zachariae*, liber quaestion. III. 16, Klötzer, Versuch eines Beitrags zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast, insbesondere bei angestellter actio confessoria oder negatoria. Jena 1816, Borst, über die Beweislast im Zivilprozeß S. 132 fgg., v. Löhr, Mag. III. S. 504 fgg., *Veltheim* l. c., Albert, über den Besitz unkörperl. Sachen S. 203 fgg., Puchta a. a. O. und Kursus der Instit. II. §. 233, Esser, krit. Beleuchtung des röm. Rechts über die Beweislast bei den Servitutenklagen. Trier 1826, *Vollsack,* de onere probandi in act. negat. Lips. 1829, *de Rauschenplat,* de onere prob. in act. negator. Gött. 1830, Heffter in der von ihm besorgten Ausgabe von Weber, über Verb. zur Beweisf. S. 234 fgg, Note 150, S. 284 fgg. Note 4, Mittermaier im ziv. Arch. XIX. S. 285 fgg., Althof, das interd. de itinere actuque priv. Rinteln 1836. S. 44 fgg., S. 61 fgg., Francke im ziv. Archiv XXI. S. 1 fgg., Hoffmann II. S. 239 fgg., Gett, prakt. Erörtr. S. 261 fgg., Sintenis I. S. 522 fgg. Note 57, Schmid, Handbuch I. S. 373 fgg., Sell, dingliche Rechte I. S. 392 fgg., Wirth, die Beweislast bei angestellter Negatorienkl. Erl. 1853, *Molitor,* cit. p. 496 sqq., Heimbach S. 342 fgg., *Pernice,* commentt. duae Hal. 1855 comm. II. p. 125 sqq., *Witte,* de onere prob. in negat. act. Hal. 1855, Derselbe in Gießer Zeitschrift. N. F. XIII. S. 378 fgg., XIV. S. 131 fgg., Pagenstecher, Eigenth. III. S. 183 fgg., Hesse, Rechtsverhältn. der Grundstücksnachbarn II. S. 105 fgg., Windscheid, Lehrb. §. 198 u. A. m.; s. auch Mühlenbruch, Lehrbuch §. 292, Mackeldey, Lehrbuch §. 293, Schilling, Lehrbuch der Inst. und Rg. II. §. 202, Göschen, Vorlesungen II. §. 242, Puchta, Lehrb. §. 172. Burchardi, Lehrbuch des röm. Rechts II. §. 162, Arndts, Lehrbuch §. 169. Anm. 4. u. A. m , so sind doch nicht Wenige andrer Meinung, theils wegen einiger angeblich entgegenstehender Gesetze (s. unten), theils weil man das Wesen der actio negat. als einer Eigenthums-Klage verkannte, theils aber auch, weil die Vertheidiger der richtigen Ansicht durch schlechte Argumente (dahin gehört besonders der so oft hierher gezogene Satz: affirmanti, non neganti, incumbit probatio, und ferner die Lehre von der s. g. praesumtio pro libertate) ihrer Meinung keinen Eingang verschaffen konnten. Folgende abweichende Meinungen sind hier hervorzuheben:

1) Manche, vgl. bes. Schweppe, Handb. II. §. 314, legen ganz allgemein dem Kläger nicht nur den Beweis des Eigenthums, sondern auch noch den ferneren Beweis auf, daß dem Verklagten keine Servitut zustehe, und diese Ansicht wird jetzt auch wieder ausführlich vertheidigt von Du Roi im ziv. Arch. XL. S. 24 fgg., Pape in Gießer Zeitschrift XVI. S. 194 fgg. und Zielonacki a. a. O. S. 227 fgg.

2) Sehr Viele unterscheiden dagegen, ob sich der Verklagte im Besitz der fraglichen Servitut befinde, oder nicht; in letztrem Falle habe der Verklagte die Existenz, im erstren dagegen der Kläger die Nichtexistenz des Servitutenrechts darzuthun, vgl. außer vielen Aeltern (s. Glück X. S. 252. Note 4.) bes. noch Pfeiffer, vermischte Aufsätze S. 205 fgg., Weber, Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden St. 3. Nr. 16, Seuffert, Erörtrungen II. S. 73 fgg., gesamml. Abhh. S. 93 fgg., Thibaut, System §. 771. und in Braun's Erörtr. S. 545 fgg., Fritz, Erläutr. S. 369 fgg., Wening, Lehrb. §. 151, Linde in der Gießer Zeitschrift I. S. 155 fgg., Heise im civ. Archiv XL. S. 50 fgg., Luden a. a. O. S. 277 fgg., Samhaber in der Gießer Zeitschrift XVIII. S. 193 fgg., Reuter, ebendaselbst. N. F. XII. S. 447 fgg., Schmidt, Methode der Auslegung S. 79 fgg. bes. S. 86 fgg., Brinz, Lehrbuch §. 67.

3) Am Meisten nähert sich Glück X. S. 254 fgg. der oben vertheidigten Ansicht, denn nach seiner Lehre muß der Verklagte in allen Fällen den Beweis der wirklich begründeten Servitut übernehmen, selbst auch, wenn er sich im Besitz derselben befindet, jedoch mit der Modifikation, daß, wenn der Verklagte in possessorio schon gesiegt habe, dem Kläger der Beweis des Nichtrechts aufzulegen sei.

Abgesehen von dieser letzten Meinung, die gewiß die schlechteste ist -- denn da in possessorio eben nur de possessione, nicht auch de jure verhandelt wird, so kann es doch offenbar keinen Unterschied machen, ob der Besitz der Servitut dem Verklagten unbestritten zusteht, oder ob ihm derselbe in possessorio zuerkannt ist —, gründen sich jene abweichenden Meinungen besonders auf folgende Gesetze:

> a) *African* l. 15. de op. nov. nunc. (39, 1): Si priusquam aedificatum esset, ageretur, jus vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes judicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere juberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, jus sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, si quum quis agere vellet, jus sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente, similiter, inquit, officio judicis continebitur, ut cavere adversarinm juberet, nec opus novum se nunciaturum, nec aedificanti vim facturum. *Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut jure suo probare necesse haberet; id enim esse, petitoris partes sustinere.*

Hiernach muß derjenige, welcher wegen einer angemaßten serv. altius non tollendi mit der actio negatoria belangt wird, aber contumax ist, caviren, daß er den Kläger in keiner Weise am Höherbauen hindern wolle, und soll dann überdies zur Strafe in die Nothwendigkeit versetzt sein, sein Recht beweisen zu müssen. Unsre Gegner machen nun folgenden Schluß: da hier der Verklagte wegen seines Ungehorsams mit der Strafe belegt wird, daß er den Beweis seines Rechts führen muß, so versteht es sich, daß er ohnedies von diesem Beweis frei ist, daß also der Kläger das Nichtrecht des Verklagten beweisen muß. Dieser Schluß ist zwar scheinbar, aber doch falsch, indem sich die Sache vielmehr folgender-

maaßen verhält. Wäre der Verklagte nicht ungehorsam gewesen, so hätte der Kläger sein Eigenthum beweisen müssen, und hätte er diesen Beweis nicht erbracht, so wäre er abgewiesen worden, selbst wenn auch der Verklagte den Beweis des Servitutenrechts nicht erbringen konnte, l. 5. pr. fin. si usufr. petat. Diesen Vortheil verliert nun der ungehorsame Verklagte, indem er jetzt unter keiner andern Voraussetzung ein siegreiches Urtheil erlangen kann, als wenn er wirklich die Existenz des behaupteten Servitutenrechts darthut. Vgl. Göschen, Grundriß S. 103 fgg., Vorles. II. S. 68 fgg. Minder befriedigend scheint mir die Auslegung von Francke a. a. O. S. 20 fgg. zu sein, wornach die Schlußworte nur den Sinn haben sollen, „daß, während der Beklagte sonst durch einfache nunciatio den Bau hätte hindern können, er jetzt zur Strafe seiner contumacia zu solchem Zwecke erst seine Servitut beweisen, d. h. mit förmlicher Klage auftreten müsse". Namentlich dürften die Worte: „id enim esse, petitoris partes sustinere" dieser Auslegung wenig günstig sein; vgl auch Pape a. a. O. S. 219 fgg.

> b) *Ulp.* l. 8. §. 3. si serv. vind.: Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sunt, eum, qui servitutem sibi deberi ait, si non sunt immissa, eum, qui negat.

Diese Stelle, worauf die Gegner besonders viel Gewicht legen, redet meiner Ueberzeugung nach gar nicht von der Beweislast, und gehört also gar nicht hierher. Der Sinn dieses Gesetzes ist vielmehr der, wenn die Balken schon wirklich in der Wand des Nachbars ruhen, dann gilt der angebliche Servitut-Berechtigte insofern als possessor, daß er nun auch während des Rechtsstreites jede Veränderung verbieten darf: sind aber die Balken noch nicht eingeschoben, so ist umgekehrt der Eigenthümer der angeblich dienenden Sache possessor, und er kann also jede Neuerung während des Prozesses mit Recht verwehren. S. bes. l. 6. §. 1. si serv. vindic. und Albert, über den Besitz unkörperlicher Sachen §. 171. 172. Wollte man aber auch Ulpian's Ausspruch wirklich von der Beweislast verstehen, so ist doch darin auch nicht mit einem Worte von dem Beweissatze die Rede; d. h. es ist hier dann nur angegeben, wer von den beiden Litiganten zuerst beweisen müsse, aber was er zu beweisen habe, ist auch nicht einmal angedeutet, so daß die Stelle für unsre Frage jedenfalls irrelevant ist. — Die Art, wie v. Löhr, Mag. III. S. 511 fgg. diese Stelle und die vorher betrachtete l. 15. de O. N. N. erklärt, ist gewiß unhaltbar. Er sieht nämlich darin nur eine Eigenthümlichkeit der servitutes praediorum *urbanorum*, denn da bei diesen die Freiheit von der Servitut wieder als Servitut angesehen werde, so sei hier eigentlich nur ein Streit zwischen zwei angeblichen Servitut-Berechtigten vorhanden, und da müsse denn natürlich der Besitz entscheiden. v. Löhr hat hier offenbar einen richtigen Grundsatz (s. oben §. 342. Anm. 3.) falsch angewendet. Nur dann nämlich, wenn der Eigenthümer behauptet, die dem Gegner wirklich zuständig gewesene servitus urbana sei wieder an ihn zurückgefallen, kann angenommen werden, daß sich derselbe auf eine Servitut berufe, nicht aber auch dann, wenn er behauptet, dem Gegner habe nie eine solche servitus urbana zugestanden. In dem letztern Falle ist durchaus kein

Unterschied zwischen einer serv. urbana und rustica, sondern bei beiden ist nur das Eigenthum das Fundament der von dem dominus angestellten Klage.

c) Die Gegner berufen sich für ihre Ansicht auch noch auf l. 45. de damno inf. (39, 2) und auf l. 5. §. 10. de op. novi nunc. (39, 1). Nach der erstren Stelle soll der mit einer negatorischen Klage Belangte, zur Strafe der contumacia den Besitz verlieren, und dadurch zur Kläger-Rolle gedrängt werden, und in dem zweiten Fragment wird unter Umständen gegen die Vornahme der op. novi nunciatio gewarnt, weil dadurch dem Gegner, dem Nunziaten, die Beklagten- Rolle zufalle. Man argumentirt nun so: wenn bei der actio negatoria der Beklagte immer den Beweis seiner Servitut übernehmen müßte, so böte das Beklagten-Verhältniß hierbei gar keine Vortheile, sondern es wäre gleichgiltig, ob Jemand Beklagter bei der actio negatoria, oder Kläger mit der actio confessoria wäre, und umgekehrt, und darnach wäre dann weder in l. 45. cit. eine Strafe zu erkennen, noch auch wäre der gute Rath in l. 5. §. 10. cit. zu erklären, was aber Alles sich ganz anders verhalte, wenn man dem Negatorien-Kläger den Beweis der Freiheit seines Eigenthums auflege, vgl. z. B. Pape a. a. O. S. 227 fgg., Zielonacki a. a. O. S. 239 fgg. Das Irrige dieser Argumentation geht aber schon vollständig aus dem bei lit. a. Bemerkten hervor, denn darnach ist es, auch wenn man unsre Theorie über den Beweis bei der actio negat. zu Grunde legt, ganz und gar nicht einerlei, ob Jemand die Beklagtenrolle bei der negatorischen, oder ob er die Klägerrolle bei der konfessorischen Klage hat. Im erstren Falle ist er ja zunächst von allem Beweise frei, indem der Kläger vor allen Dingen sein Eigenthum beweisen muß, und es nur wenn dieses vollständig geschehen ist, auf einen Beweis der Servitut von Seiten des Beklagten ankommt; im zweiten Falle aber hat er immer nothwendig von vorne herein den Beweis seiner Servitut zu führen, und der Beklagte ist beweisfrei. Hieraus folgt aber von selbst, daß es auch nach unserer Theorie über den Beweis bei der actio negatoria, dem Eigenthümer der angeblich dienenden Sache weit vortheilhafter ist, mit der actio confessoria belangt zu werden, als mit der actio negatoria klagend auftreten zu müssen, weil er im ersten Falle beweisfrei ist, im andern aber den schwierigen Eigenthums-Beweis übernehmen muß, wenn er etwas ausrichten will, und dadurch rechtfertigt sich vollkommen der Rath des Juristen in l. 5. §. 10. de o. n. n. Eben so ist es aber auch klar, daß es allerdings ein wesentlicher Nachtheil für den angeblichen Servituten-Berechtigten ist, wenn er durch translatio possessionis zur Klägerrolle mit der actio confessoria gedrängt wird, indem ihm dadurch nicht blos die anderweiten, in die Augen fallenden Vortheile der possessio entgehen, sondern er gerade auch in Betreff der Beweislast viel schlechter gestellt wird, als wenn er mit der actio negatoria belangt wurde, und dadurch erklärt sich die l. 45. cit. vollständig.

d) Großes Gewicht legen unsre Gegner auch noch auf l. 14. de probat. (22, 3) und l. 7. §. 5. de liber. causa (40, 12), wo bei einem Streite über die Freiheit oder die Ingenuität eines Menschen die Beweislast so normirt wird, daß der Nichtbesitzer den Beweis übernehmen müsse. Dasselbe müsse, so meint man, analog auf den Streit über die Freiheit eines Grundstücks angewendet werden. Diese Analogie ist aber ganz unpassend. Wenn sich Jemand faktisch in

der Sklaverei eines Andern befindet, und nun seine Freiheit gerichtlich in Anspruch nimmt, so versteht es sich ganz von selbst, daß er diese seine angebliche Freiheit (d. i. das Eigenthum über sich selbst) beweisen muß, weil dies das Fundament seiner Klage ist; es versteht sich dies eben so sehr von selbst, als der Beweis, den ein Vindikant übernehmen muß, wenn er seine in frembem Besitz befindliche Sache vindizirt. Stellt aber Jemand eine Negatorienklage an, so ist ja nicht die Freiheit seines Eigenthums, sondern das Eigenthum selbst, das Fundament der Klage, und hat er dieses erwiesen, so kann nichts weiter verlangt werden. Bei jener angeblichen Analogie treibt man offenbar nur ein leeres Spiel mit dem Worte Freiheit, ohne die gehörige Erwägung der wesentlich verschiedenen Rechtsverhältnisse. —

Bei der bisherigen Untersuchung wurde vorausgesetzt, daß der Kläger behaupte, dem Verklagten habe die fragliche Servitut niemals zugestanden. Geht aber umgekehrt die Behauptung des Klägers dahin, der Verklagte sei zwar früher wirklich berechtigt gewesen, aber dessen Recht sei nachher erloschen, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Kläger den Beweis dieser behaupteten Erlöschung übernehmen muß. Handelt es sich nämlich in einem solchen Falle um eine servitus *urbana*, so versteht sich dies schon darum von selbst, weil dann eigentlich keine actio negatoria, sondern eine actio *confessoria* angestellt wird; der Kläger beruft sich ja hier auf eine ihm zustehende Servitut (§. 342. Anm. 3), und muß diese als seinen Klaggrund beweisen. Ist aber von den andern Servituten die Rede, so erscheint die behauptete Erlöschung der Servitut als Replik, und muß als solche bewiesen werden. — Wie endlich die Beweislast zu bestimmen sei, wenn der Kläger zwar einräumt, daß dem Verklagten eine Servitut zustehe, aber behauptet, dieselbe sei nicht in der Art und Weise, namentlich nicht in dem Umfange konstituirt, wie sie der Verklagte sich anmaße, versteht sich nach dem Bisherigen von selbst. Offenbar nämlich muß auch hier der Verklagte den Beweis übernehmen, daß ihm die Servitut so, wie er sich dieselbe anmaßt, wirklich zusteht, und es ist unbegreiflich, wie man doch auch hierüber hat streiten können, vgl. darüber *Vollsack* in der oben angef. diss. p. 16 sqq., p. 20 sqq., Weißgerber in der Gießer Zeitschrift XVII. S. 299 fgg.

Wie die Beweislast bei der konfessorischen Klage zu bestimmen ist, bedarf nach den bisherigen Erörterungen keiner besondren Ausführung. Es versteht sich nämlich hiernach von selbst, daß hierbei der Kläger immer den Beweis der behaupteten Servitut übernehmen muß, einerlei ob er sich im Besitze derselben befindet, oder nicht, obwohl natürlich diejenigen, welche bei der Negatorienklage die Beweislast nach dem Besitz bestimmen, dies konsequent auch bei der actio confessoria thun müssen. Außer diesem prinzipalen Beweis liegt aber auch dem Kläger, der eine Realservitut in Anspruch nimmt, die Nachweisung seines Eigenthums ob, wobei es ebenfalls richtigen Grundsätzen nach ganz irrelevant ist, ob er sich im Besitze der Sache befindet, oder nicht und wobei auch eben so wenig, wie bei der actio negatoria, eine blose Bescheinigung genügen kann.

B. Actio Publiciana. §. 354.

Ulp. l. 11. §. 1. de Publ. act. (6, 2): Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur, itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci; item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

Anm. Wie bei dem Eigenthum der Kläger nicht immer die rei vindicatio anzustellen nöthig hat, sondern oft auch die Publizianische Klage genügt, so ist dies auch in ganz gleicher Weise bei Servituten der Fall, und es braucht dann der Kläger nur die quasi-traditio ex justa causa zu beweisen. Dies ist auch allgemein anerkannt, vgl. die abgedr. l. 11. §. 1. de Publ. act. Nicht so ausgemacht ist es aber, ob die Publizianische Klage hier auch noch in einer andern Beziehung bedeutend werden könne. In der zweiten Anm. des vorigen §en ist bemerkt worden, daß bei der actio negatoria immer, bei der actio confessoria aber wenigstens dann, wenn es sich um eine Realservitut handelt, vom Kläger der Beweis seines Eigenthums erbracht werden muß. Kann nun auch in dieser Beziehung statt des vollen Eigenthumsbeweises die bei der Publizianischen Klage erforderliche Beweisführung als genügend betrachtet werden, so daß man also namentlich auch von einer actio Publiciana *negatoria* sprechen könnte? In den Gesetzen kommt meines Wissens eine solche Anwendung der a. Publ. nicht vor, aber die Analogie spricht allerdings dafür, und so hat dies denn auch unter unseren Juristen schon mehrfache Anerkennung gefunden, vgl. z. B. Puchta im Rhein. Mus. I. S. 182 fgg., Mackeldey, Lehrb. §. 293. a. E., v. Tigerström, die b. f. poss. S. 143 fgg., Luden a. a. O. §. 100. S. 280 fgg., Hoffmann II. S. 256 fgg., Sintenis I. S. 524, Schmid, Handbuch I. S. 371 fgg., Arndts, Lehrbuch §. 191. a. E., *Pernice* cit. p. 196 sqq., Witte a. a. O. S. 157 fgg. Vgl. auch Zachariä in der gesch. Zeitschrift XII. S. 287 fgg.

C. Possessorische Rechtsmittel. §. 355.

Dig. XLIII. 19. de itinere actuque privato; 20. de aqua quotidiana et aestiva; 21. de rivis; 22. de fonte; 23. de cloacis. — v. Savigny, Recht des Besitzes §. 45. 46, Heerwart in der Gieß. Zeitschr. XII. S. 143 fgg., Pfeifer, Besitz §. 41 fgg., S. 124 fgg., Rudorff in der geschichtl. Zeitschr. XI. S. 340 fgg., Pfeiffer, prakt. Ausf. VII. S. 417 fgg., Bruns, Recht des Besitzes §. 9. S. 86 fgg.; vgl. auch S. 120 fgg., S. 203 fgg., S. 274 fgg., S. 384, S. 406 fgg., S. 420 fgg., Zielonacki a. a. O. S. 244 fgg. — Ueber das interd. de itinere insbesondere

vgl. Albert, über den Besitz unkörperlicher Sachen. Nr. 1. Versuch einer ausf. exeget. prakt. Darst. des possess. interd. de itinere actuque priv. Leipzig 1826, Althof, das interd. de itin. actuque priv. Rinteln 1836, und Pfeiffer in der angef. Abh.

1) *Ulp.* l. 1. pr. de itin.: Praetor ait: *Quo itinere actuque privato, qua de re agitur, vel via, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto.* — 2) *Idem* l. 3. §. 11. eod.: Ait praetor: *Qui itinere actuque hoc anno non vi, non clam, non precario ab alio usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi jus esset, reficias, vim fieri veto; qui hoc interdicto uti volet, is adversario damni infecti, quod per ejus vitium datum sit, caveat.* — 3) *Idem* l. 3. §. 13. eod.: Hoc autem [interd. de itin. refic.] a superiore [interd. de itin. actuque priv.] distat, quod illo quidem interdicto omnes uti possunt, qui hoc anno usi sunt, hoc autem interdicto eum demum uti posse, qui hoc anno usus est, et jus sibi esse reficiendi doceat; jus autem videtur esse ei, cui servitus debetur. Itaque qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere, et hoc anno se usum, et ei servitutem competere; ceterum si desit alterutrum, deficit interdictum.

4) *Ulp.* l. 1. pr. de aqua quot.: Ait Praetor: *Uti hoc anno aquam qua de agitur, n. v. n. c. n. p. ab illo duxisti, quo minus ita ducas, v. f. v.* — 5) *Idem* l. 1. §. 29. eod.: Deinde ait Praetor: *Uti priore aestate aquam qua de agitur, n. v. n. c. n. p. ab illo duxisti, quo minus ita ducas, v. f. v. Inter heredes, emtores et bonorum possessores interdicam.* — 6) *Idem* l. 1. §. 19. eod.: Aristo putat, eum demum interdictum hoc habere, qui se putat suo jure uti, non eum, qui scit, se nullum jus habere, et utitur. — 7) *Idem* l. 1. pr. de rivis: Praetor ait: *Rivos, specus, septa reficere, purgare aquae ducendae causa, quo minus liceat illi, dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate n. v. n. c. n. p. a te duxit v. f. v.*

8) *Idem* l. 1. pr. de fonte: Praetor ait: *Uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aqua n. v. n. c. n. p. ab illo usus es, quo minus ita utaris, v. f. v. De lacu, puteo, piscina item interdicam.* — 9) *Idem* l. 1. §. 6. eod.: Deinde ait Praetor: *Quo minus fontem, quo de agitur, purges, reficias, ut aquam coercere, utique ea possis, dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno n. v. n. c. n. p. ab illo usus es, v. f. v.*

10) *Idem* l. 1. pr. de cloac.: Praetor ait.: *Quo minus illi cloacam, quae ex aedibus ejus in tuas pertinet, qua de agitur, purgare, reficere liceat, v. f. v. Damni infecti, quod operis vitio factum sit, caveri jubebo.* — 11) *Idem* l. 1. §. 7. eod.: Quia autem cloacarum refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur, idcirco placuit, non esse in interdicto addendum: *quod non vi, non clam, non precario ab illo usus* ut, etiamsi qui talem usum habuerit, tamen non prohibeatur volens cloacam reficere vel purgare. vgl. Schmidt (von Ilmenau), die interdicta de cloacis; in der gesch. Zeitschrift XV. S. 51 fgg.

Anm. 1. Man lehrt ganz allgemein, zur Begründung des interd. de itinere gehöre nothwendig, daß man im letzten Jahre an dreißig verschiedenen Tagen die fragliche Wegegerechtigkeit nec vi, n. c. n. p. ausgeübt habe, und man beruft sich hierfür auf den Ausspruch Ulpian's in l. 1. §. 2. de itin.;

„Sive igitur habuit jus viae, sive non habuit, in ea conditione est, ut ad tuitionem Praetoris pertineat, si *modo anno usus est vel modico tempore, id est, non minus quam triginta diebus*“.

Man kann zugeben, daß dies möglicher Weise der Sinn der unterstrichenen Worte ist; aber es ist auch noch eine andere Auslegung möglich, die aus sprachlichen und sachlichen Gründen (vgl. darüber Althof in der angef. Abh. §. 1—39) den Vorzug verdienen möchte. Ich übertrage jene Worte so: „zu dem interd. de itinere ist man berechtigt, wenn man nur im letzten Jahre wenigstens während eines mäßigen Zeitraums, also mindestens während dreißig Tagen, die Wegegerechtigkeit ausgeübt hat“. (Daß das *vel* vor modico tempore nicht, wie gewöhnlich, z. B. auch von Althof a. a. O. geschieht, mit oder übersetzt werden darf, sondern hier so viel wie wenigstens oder dgl. heißt, ist doch wohl unzweifelhaft). Hiernach ist dann durchaus nicht nöthig, daß man gerade an dreißig verschiedenen Tagen die Servitut ausübte, sondern es wird nur erfordert, daß mehrere dergleichen Handlungen in der Art vorgekommen sind, daß die erste und die letzte mindestens einen Zeitraum von dreißig Tagen entfernt sind. So können möglicher Weise schon zwei Handlungen genügen, wenn nur die Zwischenzeit wenigstens einen Monat beträgt. — Daß für diese Auslegung namentlich auch die Schlußworte des cit. §. 2. und insbes. l. 1. §. 12. eod.: [„*supradicto tempore* anni — *postea*“] gar sehr sprechen, und daß namentlich die letztre Stelle nur unter dieser Voraussetzung ungezwungen erklärt werden kann, ist gewiß zu beachten; aber das entscheidenste Argument für diese Erklärung ist doch wohl das, daß nach der herrschenden Theorie nicht nur der Beweis für ein possessorisches Rechtsmittel als viel zu schwierig erscheint, sondern daß auch in den bei Weitem meisten Fällen — namentlich bei der Fahrgerechtigkeit — das Bedürfniß des herrschenden Guts gar nicht eine Ausübung der Servitut an dreißig verschiedenen Tagen erheischt, und so der Berechtigte gezwungen wäre, ganz überflüssige Besitzhandlungen vorzunehmen, blos, um sich das interd. de

itinere zu sichern! Vgl. auch Hoffmann II. S. 268 fgg. Doch haben sich fast alle Späteren entschieden gegen Althof ausgesprochen, s. z. B. Savigny, Besitz. 6. Aufl. S. 591. Note 2, Heerwart in der Gieß. Zeitschr. XII. S. 184. Note 1, Pfeiffer, prakt. Ausführ. VII. S. 463 fgg., Puchta, Lehrb. §. 139. Note c, Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 593 fgg. Note 24, Burchardi, Lehrb. II. §. 187. Note 27, Arndts, Lehrb. §. 192. Anm. 2, Zielonacki a. a. O. S. 254 fgg., Muther, Ersitzung der Servitt. S. 50 fgg., Elvers S. 656. not. v, Keller, Pand. §. 186, vgl. auch Archiv für prakt. Rechtswissenschaft VII. S. 133 fgg.

Anm. 2. Ob neben den besondern Interdikten bei den Wege= und Wasser=Gerechtigkeiten, und neben dem interd. de cloacis, possessorische Rechts=mittel auch für die übrigen Servituten vorkommen, ist sehr bestritten. Was hier:

1) die Personal=Servituten anbelangt, so ist es unzweifelhaft, daß dem Inhaber derselben nicht nur das interd. *Uti possidetis,* l. 4. Uti possidet. (43, 17), sondern auch das interd. *Unde vi* eingeräumt ist, l. 3. §. 13—16. de vi (43, 16), l. 60. pr. de usufr. (7, 1), l. 27. de donat. (39, 5). Sehr beachtenswerth ist es aber, was meistens übersehen wird, daß diese Anwendung nicht etwa auf dem Wege der reinen Analogie durch die Juristen, sondern vielmehr durch eine besondere Bestimmung des Prätorischen Edikts herbei=geführt wurde, vgl. bes. Vat. fr. §. 91. (wo die Inskription lautet: Ulp. libr. 11. de interdictis, sub titulo *„si uti frui prohibitus esse dicetur"*, und wo, nachdem vorher gesagt ist, daß der Usufruktuar die Sache nicht eigentlich besitze, und also auch keine wahre Dejektion vorkommen könne, die Nothwendigkeit eines besondern Interdikts für den Usufruktuar mit den Worten angedeutet wird, *„ideo specialiter hoc interdictum eo casu desiderari"*), s. auch Vat. fr. §. 90. („Inde et interdictum uti possidetis *utile* hoc nomine *proponitur,* et Unde vi, quia non possidet"), und l. 27. dc donat. („ad exemplum interdicti, *quod fructuario proponitur*"). Vergl. auch Rudorff a. a. O. S. 340 fgg.

2) In Betreff der Realservituten werden h. z. T. sehr verschiedene Theorieen vertheidigt. a) Die meisten Juristen nahmen nämlich von jeher an, daß allerdings bei allen Servituten ein possessorischer Schutz vermittelst des interdictum Uti possidetis Statt finde, eine Ansicht, die vorzüglich auf l. 20. de servit. (8, 1) gestützt wird, vgl. bes. Thibaut im ziv. Archiv I. S. 111 fgg., Pfeiffer in der angef. Abh. und Elvers S. 841 fgg., und s. auch z. B. die Lehrbb. von Mühlenbruch §. 293. und Puchta §. 139. (welcher Letztre nur insofern abweicht, daß er bei servitutes rusticae nicht ein interd. utile Uti possidetis, sondern nur ein angewandtes interd. de itinere oder de aqua zu=lassen will, eine Ansicht, die auch *Molitor* p. 504 sqq. vertheidigt, siehe auch Keller, Pand. §. 186. a. E.). — b) In neuerer Zeit ist dagegen, besonders auf die Auktorität von v. Savigny, Besitz §. 46. 6te Auflage. S. 586 fgg. S. 605 fgg. die Meinung sehr gewöhnlich geworden, daß zwar allerdings bei den servitutes praediorum urbanorum das interd. Uti possidetis statthaft sei, l. 8. §. 5. si serv. vind., nicht aber auch bei den servitutes praediorum rusticor., sondern bei diesen könne ein possessorischer Schutz nur in den einzelnen

Fällen angenommen werden, in denen besondre Interdikte angeordnet seien. Der innere Grund dieser Unterscheidung soll dann darin bestehen, weil die Servituten der ersten Art eigentlich nur eine Qualität des Besitzes der Hauptsache seien, und durch jede Störung derselben zugleich der Besitz der Hauptsache mit gestört werde; was sich bei den Servituten der zweiten Art ganz anders verhalte. Vgl. außer Savigny a. a. O. noch Mackeldey §. 294, Mejer in Schweppe's Hdb. III. §. 564. a. E., Schilling, Lehrb. der Instit. und Rg. II. §. 203, Luden a. a. O. §. 193. S. 288 fgg., Göschen, Vorles. II. §. 609, v. d. Pfordten im ziv. Archiv XXII. S. 12 fgg. u. A. m.—c) Manche beschränken die Anwendbarkeit der possessorischen Interdikte bei Realservituten noch mehr, wie Savigny, indem sie nämlich auch alle negativen Servituten davon ausnehmen, und also das interd. Uti possidetis ausschließlich bei denjenigen servitutes urbanae zulassen, deren Ausübung eine mit einem Gebäude unmittelbar zusammenhängende Vorrichtung erfordert (z. B. serv. projic., proteg., tigni immitt. u. dgl.), vgl. Heerwart in der angeführten Abhandlung S. 147 fgg., Rudorff a. a. O. S. 349 fgg., Bruns a. a. O. S. 89 fgg., Arndts, Lehrb. §. 192. Anm. 4, Brinz, Lehrb. §. 32. S. 96 fgg., und, wie es scheint, auch Hoffmann II. S. 266. — d) Manche endlich gehen noch weiter, und nehmen an, daß bei Realservituten jeder Art und namentlich bei allen servitutes urbanae, das interd. Uti possidetis völlig unanwendbar ist; vgl. *Rauschenplat*, de on. prob. in neg. act. p. 29 sqq., Wiederhold, das interd. Uti poss. S. 48 fgg., besonders S. 57 fgg., Burchardi im zivil. Archiv XX. S. 24 fgg. und Lehrb. II. §. 188. g. E., Pfeifer, Besitz S. 133 fgg., Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 595 fgg. Note 46, Zielonacki a. a. O. S. 245 fgg. Diese letztangeführte Meinung muß ich auch noch jetzt, eben so wie in den früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs, für die theoretisch allein richtige halten, und zwar aus folgenden Hauptgründen:

a) Wenn man von richtigen Begriffen über das interd. Uti possidetis ausgeht, so fällt es in die Augen, daß eine analoge Anwendung desselben bei Realservituten nicht statthaft ist, denn der wesentliche Zweck jenes Interdikts, die Partheirolle für das Petitorium zu bestimmen (s. oben §. 336. Anm.), fällt bei Servituten hinweg, da bei diesen bekanntlich gar nicht der Besitz über die Partheirolle entscheidet. Aber auch abgesehen hiervon erscheint namentlich bei den servitutes *urbanae* eine richterliche Bestimmung darüber: quis possessoris partes sustineat? als völlig überflüssig, da sich diese Frage schon durch rein äußerliche in die Augen fallende Merkmale in jedem einzelnen Falle von selbst beantwortet, und so ergiebt es sich z. B. ganz von selbst, daß der, welcher eine serv. altius non tollendi oder tigni immittendi in Anspruch nimmt, dann als possessor gilt, wenn wirklich nicht höher gebaut ist, oder der Balken wirklich in der Mauer des Nachbars ruht, l. 6. §. 1, l. 8. §. 3. si serv. vindic. Zum blosen Schutze dieser possessio, also zur blosen vorläufigen Fixirung des status quo bedarf es aber keines interd. Uti possidetis, sondern hier stehen andere Mittel zu Gebote, wie namentlich *operis novi nunciatio* und das *interd. quod vi aut clam;* ja es wird durch die Anstellung der konfessorischen Klage selbst dieser Zweck vollständig erreicht, indem während des Prozesses das bisherige faktische Verhältniß

nicht geändert werden darf, s. oben S. 773 und bes. l. 6. §. 1. si serv. vindic. Wozu also namentlich bei servitutes urbanae ein dem Petitorium vorausgehendes Possessorium dienen sollte, ist nicht einzusehen, und man bemerkt leicht, daß nur die irrige Idee, das interd. Uti possidetis sei eine Klage ex maleficio, und wesentlich dazu bestimmt, Besitzstörungen wieder auszugleichen, zu jener Annahme führen konnte. Verwirft man diese Idee, so fällt auch die Deduktion Savigny's, Rudorff's und Andrer, wornach das interd. Uti possidetis bei allen oder doch bei manchen servitutes urbanae darum anzunehmen sei, weil mit der Störung des Servituten-Besitzes zugleich eine Störung des Besitzes der Sache selbst verbunden sei, von selbst zusammen.

b) In der That ist nun auch die Anwendbarkeit des interd. Uti possidetis bei Realservituten, und namentlich bei servitutes urbanae, durch kein Gesetz begründet. Daß man sich nicht auf die Analogie der Personal-Servituten berufen darf, versteht sich von selbst, da bei diesen, wie oben gezeigt ist, die Anwendung jenes Interdikts nicht etwa durch die Doktrin, sondern durch eine besondere gesetzliche Bestimmung herbeigeführt wurde. Die oft hierher gezogene l. 20. de servit. („ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt") ist auch jeden Falls unbeweisend, denn aus ihr geht nur hervor, daß es bei Servituten auch Rechtsmittel giebt, die den possessorischen Interdikten ähnlich sind, aber gewiß nicht, daß bei allen Servituten dergleichen vorkämen, und am wenigsten, daß das interd. Uti *possidetis* allgemein anwendbar sei, wogegen auch schon entscheidend genug das *veluti* possessorium spricht. Ohne Zweifel ist mit jenen Worten nur auf die durch besondre gesetzliche Bestimmungen eingeführten („*constituta* sunt") eigenthümlichen Interdikte bei den Wege-, Wasser- und Kloaken-Gerechtigkeiten, und allenfalls auch auf das interd. Unde vi und Uti possidetis bei Personal-Servituten hingedeutet. Etwas scheinbarer ist die Berufung auf l. 8. §. 5. fin. si serv. vind. Faßt man aber die Stelle in ihrem ganzen Zusammenhang, und namentlich auch in Verbindung mit dem folgenden §. 6. auf, so haben die Worte: „sed et interdictum uti possidetis locum habere poterit, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti" durchaus keinen Bezug auf eine Servitut, und namentlich nicht auf die im Anfang der Stelle berührte serv. fumi casearii immittendi, sondern es wird da nur gesagt, daß man, um Handlungen auf seinem eigenen Grundstück vornehmen zu können, nach Verschiedenheit der Umstände bald eine actio confessoria, bald aber auch das interd. Uti possidetis anstellen könne, das Letztre nämlich dann, wenn uns Jemand das willkürliche, aus unsrem Eigenthum hervorgehende Gebrauchsrecht verbieten will („si quis prohibetur, *qualiter velit, suo* uti"), denn, sagt Ulpian in l. 3. §. 2. uti possidetis (43, 17), „videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione". — Wenn man sich endlich auch noch für die gegnerische Meinung auf die bei dem interdictum Uti possidetis in dem Prätorischen Edikte vorkommende Klausel: *de cloacis hoc interdictum non dabo* berufen hat, indem diese ausdrückliche Ausschließung doch nothwendig voraussetze, daß dieses Interdikt nicht überhaupt bei Realservituten unanwendbar sei, so liegt hier ein leicht ersichtliches Mißverständniß zu Grunde; denn in jenen Worten wird nicht dem Servitut-

berechtigten das interdictum Uti possidetis abgesprochen, sondern der Hauseigenthümer soll dieses Interdikt nicht gegen denjenigen gebrauchen dürfen, welcher bei der Reinigung oder Ausbesserung von Kloaken in seinen Besitz Eingriffe macht, l. 1. §. 12. de cloac., wie er ja auch hierbei nicht opus novum nunziiren kann, l. 1. §. 13. de cloac., l. 5. §. 11. de O. N. N. (39, 1), „quia cloacarum refectio et purgatio ad publicam utilitatem spectare videtur", l. 1. §. 7. de cloac.

c) Aber nicht nur, daß die Anwendung des interdictum Uti possidetis auf servitutes urbanae unzivilistisch und überflüssig erscheint, und daß auch nirgends in den Gesetzen dasselbe erwähnt wird, selbst nicht da, wo man dringend eine solche Erwähnung hätte erwarten können (vgl. namentlich l. 6. §. 1. si serv. vind., wo zwar die operis novi nunc., das interd. Quod vi aut clam und die act. conf., aber nicht auch das interd. Uti possid. angeführt wird, obwohl die Anführung desselben so sehr nahe gelegen hätte, u. s. auch l. 26. §. 1. ad leg. Aquil., wo nur die actio legis Aquiliae angeführt wird, wenn der Gegner den protectus zerstört hätte): so können auch noch positive Beweise dafür angeführt werden, daß zum Schutz einer serv. urbana das interdictum Uti possidetis nicht zusteht. Namentlich gehört hierher l. 5. §. 10. de O. N. N. (39, 1), denn dort heißt es: wenn Jemand ein uns schädliches opus novum auf unsrem eigenen Grund und Boden anfängt, so thut man nicht wohl, opus novum zu nunziiren, sondern es ist räthlicher, den Gegner per Praetorem oder per manum zurückzuweisen. Fährt er aber doch fort, dann gebraucht man am Besten nach Verschiedenheit der Fälle das interd. Quod vi aut clam, oder das interd. Uti possidetis. „At si in *suo* quid faciat" (also vornämlich, wenn er eine uns zustehende Servitut, z. B. die servitus altius non tollendi u. dgl. verletzt), tunc novi operis nunciatio erit *necessaria*". Daß hierdurch die andern genannten Rechtsmittel, und namentlich also auch das interd. Uti possidetis ausgeschlossen sind, ist doch wohl unzweifelhaft. — Noch bestimmter geht dies endlich aus l. 3. §. 5. uti possid. hervor:

> „Item videamus, si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur, an interdictum Uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. Et est apud Cassium relatum, *utrique esse inutile*, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem".

Also: „weil hier über die Frage, quis possessor projectionis sit, gar kein Streit ist, und keiner sein kann (s. oben lit. a.), so kann auch nicht von einem interdictum Uti possidetis, wobei doch eben nur diese Frage zur Entscheidung kommen könnte, die Rede sein". Die auch von manchen Neueren (vgl. z. B. v. Tigerström, d. f. poss. S. 214. Not. 13) gebilligte Konjektur von Cujacius obss. lib. 17. c. 2. „utrique esse *utile*" beruht eben so sehr auf Mißverständnissen, als die Widerlegung dieser Konjektur von *Faber*, error. Pragm. dec. 65. err. 6, wo das Interdikt darum als erfolglos für beide Theile angenommen wird, weil Beide in gleicher Weise die projectio in Besitz hätten, und deßhalb Keinem der Sieg zuerkannt werden könnte. S. auch noch Albert, das interd. uti possid. S. 100 fgg. Wenn jetzt Rudorff a. a. O. S. 350 fgg. aus l. 3. §. 6. uti possidetis:

„Labeo quoque scribit: ex aedibus meis in aedes tuas projectum habeo, interdicis mecum, si eum locum possideamus, qui projecto tegetur; an, quo facilius possim retinere possessionem ejus protectionis, interdico tecum: sicuti nunc possidetis eas aedes, ex quibus projectum est?"

folgern will, daß Labeo, abweichend von Cassius, allerdings das interdict. Uti possidetis zugelassen habe [weil Cassius das interdictum als eine controversia possessionis, Labeo aber als eine obligatio ex maleficio betrachtet habe], und daß darnach die von Ulpian unmittelbar vorher referirte Meinung des Cassius als verworfen angesehen werden müsse, vgl. auch Puchta, Lehrb. §. 139. Not. g. und Arndts, Lehrb. §. 192. Anm. 4; so sehe ich in der That nicht ein, mit welchem Rechte die hier von Labeo aufgeworfene Frage als bejaht angenommen wird, da doch schon das „Labeo *quoque* scribit" bestimmt genug darauf hinweis't, daß Ulpian hier keine abweichende Meinung Labeo's anführen wollte.

d) Ist durch die bisherige Ausführung dargethan, daß bei servitutes *urbanae* das interd. Uti possidetis durchaus unanwendbar ist, so wird es für die servitutes rusticae keines besondern Beweises bedürfen, obwohl nicht verkannt werden kann, daß gerade bei ihnen possessorische Rechtsmittel viel wünschenswerther sind, als bei den erstren, namentlich, weil bei ihnen die Frage, quis possessor sit, sich keineswegs so durch äußere, in die Augen fallende Merkmale entscheidet, wie bei den urbanae, und weil hierbei auch die andern bei diesen vorkommenden Rechtsmittel zur Fixirung des status quo (oper. novi nunciato, interd. quod vi aut clam) größtentheils als unanwendbar erscheinen. Darum wurden denn auch hier für die wichtigsten dieser Servituten interdicta veluti possessoria eingeführt, und damit dem dringendsten Bedürfniß abgeholfen: aber eben dies zeigt zur Genüge, wie wenig das interd. Uti possid. hierbei als anwendbar betrachtet wurde, und wie wenig wir also nach römischem Rechte befugt sind, dasselbe bei den übrigen servitutes rusticae Platz greifen zu lassen. —

Von den hier dargestellten Grundsätzen des römischen Rechts weicht aber die deutschrechtliche Praxis ganz entschieden ab, indem hier unbedenklich bei allen Prädialservituten, sowohl den servitutes rusticae als urbanae, possessorische Rechtsmittel zugelassen werden. Dieser Praxis alle Berechtigung absprechen zu wollen, ist mir nie eingefallen, indem ich wohl einsehe, daß dieselbe in den, durch älteres germanisches und kanonisches Recht vermittelten, gänzlich veränderten Ansichten über juris possessio und Besitzschutz ihren guten Grund haben kann, und dadurch vielleicht auch ein wirkliches Bedürfniß des praktischen Rechtslebens befriedigt wird. Nur dagegen also sollte durch die obigen Ausführungen gewarnt werden, daß man diesen Besitzschutz nicht auf das römische Recht zurückführen, und in den zu solchem Zweck zugelassenen Rechtsmitteln nicht das römische interdict. Uti possidetis finden möge.

IV. Von Erlöschung der Servituten.

Dig. VII. 4. quibus modis ususfructus vel usus amittitur; VIII. 6. quemadmodum servitutes amittuntur. — v. Buchholtz, Versuche S. 178 fgg.

A. Im Allgemeinen. §. 356.

Justinian. l. 12. C. de usufr. (3, 33): Ambiguitatem antiqui juris decidentes sancimus, sive quis uxori suae sive alii cuicunque usumfructum reliquerit sub certo tempore, in quod vel filius ejus vel quisquam alius pervenerit, stare usumfructum in annos, in quos testator statuit, sive persona, de cujus aetate compositum est, ad eam pervenerit, sive non. Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula, nisi ipse, cui ususfructus legatus sit, ab hac luce fuerit subtractus tunc; etenim ad posteritatem usumfructum transmitti non est possibile, quum morte usumfructum penitus exstingui, juris indubitati sit. §. 1. Sin autem talis fuerit incerta conditio, donec in furore filius vel alius quisquam remanserit, vel in aliis similibus casibus, quorum eventus in incerto sit, si quidem resipuerit filius vel alius, pro quo hoc dictum est, vel conditio exstiterit, usumfructum finiri; sin autem adhuc in furore is constitutus decesserit, tunc, quasi in usufructuarii vitam eo relicto, manere usumfructum apud eum. Quum enim possibile erat, usque ad omne vitae tempus usufructuarii non ad suam mentem venire furentem vel conditionem impleri, humanissimum est, ad vitam eorum usumfructum extendi. Quemadmodum enim, si decesserit usufructuarius ante completam conditionem vel furorem finitum, exstinguitur ususfructus, ita humanum est, extendi eum in usufructuarii vitam, etsi antea decesserit furiosus vel alia conditio defecerit. Vgl. auch Pegert, Erklärung der l. 12. C. de usufr. Pasewalk 1859.

B. Insbesondere von der Erlöschung durch Nichtgebrauch. §. 357.

1) *Gai.* l. 6. de serv. praed. urb. (8, 2): Haec autem jura, similiter ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod

non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris, alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. §. 1. Item, si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris, alioquin si nihil novi feceris, integrum jus meum permanet.

2) *Julian.* l. 32. §. 1. eod. (s. oben S. 730).

3) *Justinian.* l. 16. C. de usufr. (3, 33): Corruptionem ususfructus multiplicem esse veteribus placuit, vel morte usufructuarii, vel capitis deminutione, vel non utendo, vel aliis quibusdam non ignoratis modis. Sed de usufructu quidem hoc indubitatum fuerat; de personali autem actione, quae super usufructu nascitur, sive in stipulationem ususfructus deductus sit, sive ex testamento relictus, dubitabatur; morte quidem usufructuarii et capitis deminutione eam tolli omnibus concedentibus, non utendo autem, si per annum vel biennium forsitan eundem usumfructum non petierit ususfructuarius, si personalis actio tollatur, altercantibus. §. 1. Sed nos hoc decidentes sancimus, non solum actionem, quae de usufructu nascitur, sed *nec ipsum usumfructum non utendo cadere,* nisi tantummodo morte usufructuarii et ipsius rei interitu; sed usumfructum, quem sibi aliquis acquisierit, hunc habeat, dum vivit, intactum, cum multae et innumerabiles causae rebus incidant mortalium, per quas homines jugiter retinere, quod habent, non possunt, et est satis durum, per hujusmodi difficultates amittere, quod semel possessum est: *nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere.*

4) *Idem* l. 13. C. de servit. (3, 34): Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus hujusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium: ita et in ceteris

servitutibus obtinendum esse censuimus, *ut omnes servitutes non utendo amittantur*, non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed *decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis, differentiis explosis.*

Anm. Für das Vorjustinianische Recht darf es als völlig entschieden angenommen werden, daß bei Personal-Servituten (mit Ausnahme der habitatio), und bei servitutes rusticae der blose *non usus* genügte, während bei servitutes urbanae die *usucapio libertatis* erforderlich war; und die abweichenden Meinungen mancher Aelteren (vgl. darüber Zachariä v. Lingenthal, über die Unterscheidung zwischen serv. rust. und urb. S. 70 fgg.) und einiger Neueren, z. B. Zachariä's a. a. O. S. 82 fgg. (welcher nur bei Personal-Servituten und bei fünf servv. rusticae, nämlich iter, actus, via, aquaeductus und aquaehaustus einen non usus, bei allen übrigen aber eine usucapio libertatis statuirt, s. auch Elvers S. 357 fgg.) und Burchardi's Lehrbuch II. §. 190. S. 521. (welcher umgekehrt nur bei negativen servitutes urbanae eine usucapio libertatis für nöthig hält, während bei allen übrigen der blose non usus genüge), widerstreiten so sehr dem klaren Buchstaben der Quellen, namentlich der l. 6. de serv. praed. urb. (T. 1.), daß man sich über die sehr isolirte Stellung dieser Dissentienten nicht wundern kann. Desto bestrittener aber war von jeher die Frage, ob und in wieweit auch noch nach Justinianischem Rechte jener alte Unterschied zwischen usucapio libertatis und non usus vorkomme? und namentlich haben die beiden im T. 3 und 4. abgedruckten Konstitutionen Justinian's mehrfache Streitfragen hervorgerufen:

1) Sehr Viele nehmen an, daß der Nießbrauch nicht mehr, wie früher durch blosen non usus, sondern nur durch usucapio libertatis verloren gehe, wofür man sich auf die Schlußworte der l. 16. C. cit. beruft. Es habe hier nämlich Justinian auf die Regeln von der praescriptio longi temp. verwiesen, wobei bekanntlich vorausgesetzt werde, daß der, welcher sich auf Verjährung berufen wolle, Besitzer sei. Vgl. Glück IX. S. 370 fgg. und die da Not. 17. Angeff., Konopak, Institut. §. 294, Mackeldey §. 292. Not. m, Mühlenbruch §. 290. bei Not. 10, v. Buchholtz, Versuche S. 193. Betrachtet man aber die jenen Schlußworten vorhergehende Klage über die Kürze der Zeit nach dem früheren Rechte, und bemerkt man in den entscheidenden Worten die besondre Hervorhebung der praesentia und absentia, so kann es doch wohl nicht zweifelhaft sein, daß Justinian wirklich blos die Zeit verändern wollte, und sollte noch ein Zweifel übrig sein, so wird dieser vollkommen gehoben durch die Anfangsworte der l. 13. C. cit., wo der Inhalt der l. 16. cit. mit klaren Worten dahin angegeben wird, daß die Zeit verlängert sei. Vgl. auch *Basil.* XVI. 8. 39: Ex hac constitutione [l. 16. cit.] ususfructus rei alicujus, qui alicui debetur, non corumpitur non utendo per biennium, sed per decennium duntaxat vel vicennium. — Auf §. 3. J. de usufr.: „Finitur autem ususfructus — — — et non utendo *per modum et tempus* [*Theoph.*

ad h. l.: *certo modo et constituto tempore*], quae omnia nostra statuit constitutio kann man sich für die gegnerische Meinung offenbar nur dann berufen, wenn man schon von der Richtigkeit derselben überzeugt ist. — Vgl. auch für die richtige Ansicht außer den bei Glück a. a. O. Not. 18. Angeff. noch besonders Unterholzner, Verj. II. S. 203 fgg., Seuffert, Erörtr. II. S. 71 fgg., Luden a. a. O. S. 231 fgg., Puchta, Kursus der Instit. II. §. 257. a. E., Hoffmann II. S. 216 fgg., Zielonacki a. a. O. S. 207 fgg., Wirth, die libertat. usucapio. Erl. 1854. S. 31 fg., Elvers S. 779 fg., *Molitor* p. 486 fgg., Heimbach S. 327 fgg. und die Lehrbb. von Thibaut §. 1026. (vgl. auch Braun's Erörtrungen S. 906 fgg.), Schweppe II. §. 310, Wening §. 156. (s. auch Fritz ad h. l.), Schilling II. §. 201, Puchta §. 190, Göschen II. §. 313, Roßhirt II. §. 293, Sintenis I. S. 600. Not. 18, Arndts §. 194, Brinz §. 74, Keller §. 182, Windscheid, Lehrb. §. 216. Not. 2. — Uebrigens ist über den Nießbrauch noch eine zweite Streitfrage entstanden, ob nämlich der Nießbrauch beweglicher Sachen schon durch Nichtgebrauch von 3, oder auch erst von 10 und resp. 20 Jahren verloren gehe? Da die l. 16. cit. vor der l. un. C. de usuc. transf. erlassen ist, also die fraglichen Worte nur auf die Prätorische Präskription bezogen werden können, wobei auch für bewegliche Sachen 10 und 20 Jahre vorkommen, so muß die Antwort gewiß dahin ausfallen, daß auch persönliche Servituten an Mobilien erst durch 10- und resp. 20jährigen Nichtgebrauch erlöschen. S. auch Glück IX. S. 368 fgg., Unterholzner S. 200 fgg. und die sämmtlichen Lehrbb. an den angeff. Orten.

2) Manche gehen noch weiter, und dehnen die usucapio libertatis nicht nur auf den Nießbrauch, sondern auf alle Servituten überhaupt aus, vgl. die bei Glück X. S. 265. Not. 49. Angeff. und Mackeldey §. 292. Not. m. Man argumentirt dabei so, Justinian hat in l. 16. cit. die usuc. libert. für den Nießbrauch eingeführt, in l. 13. cit. aber hat er das von ihm eingeführte Recht des Nießbrauchs auf alle Servituten ausgedehnt, so daß also jetzt bei allen der blose non usus ungenügend ist. Mit der Unrichtigkeit der ersten Annahme fällt natürlich von selbst diese Ansicht zusammen, die auch sehr allgemein verworfen wird; vgl. die vorher Angeff.

3) Mehr Anklang hat die entgegengesetzte Theorie gefunden, wornach umgekehrt die usucapio libertatis ganz abgeschafft sein soll, vgl. z. B. die bei Glück X. S. 264. Not. 48. Angeff., und dazu *Stever*, de servit. cap. 8. §. 2. init. §. 4. fin., Wening in den von ihm selbst besorgten Ausgaben des Lehrb. §. 156. — Man stützt sich dabei auf die Worte der l. 13. cit.: ut *omnes* servitutes non utendo amittantur, non biennio, sed decennio vel XX spatio annorum, *ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis, differentiis explosis.* — Betrachtet man aber den Zusammenhang dieser Stelle, so verschwindet alle Beweiskraft derselben. Der Kaiser sagt nämlich vorher: so wie er die kurze Zeit des non usus bei dem Nießbrauch schon in eine 10- und resp. 20jährige umgeändert habe, so wolle er es jetzt auch bei allen übrigen Servituten gehalten wissen, und nun folgen die ausgezogenen Worte. Hiernach versteht es sich doch gewiß von selbst, daß Justinian blos die Zeit im Auge hatte, und

blos in Beziehung hierauf eine Gleichstellung aller Servituten beabsichtigte. Uebrigens kann auch von allen Servituten recht wohl der Ausdruck *non utendo* amittuntur gebraucht werden, da auch die römischen Juristen bei Gebäude-Dienstbarkeiten sich so ausdrücken, l. 6. de S. P. U. — Gewiß mit Recht haben sich daher auch die meisten älteren und neueren Juristen für die Fortdauer der usucapio libertatis bei servitutes urbanae ausgesprochen, vgl die oben Angeff. (Auf einen wunderlichen Einfall ist Elvers S. 781 fg. gekommen. Er meint nämlich, daß da, wo vor Justinian zweijährige usucapio libertatis nöthig gewesen wäre, dieselbe auch noch jetzt erforderlich sei, indem sich hierauf die l. 13. C. cit. gar nicht beziehe, daß aber jetzt diese zweijährige libert. usucapio nicht mehr genüge, sondern außerdem noch, in Gemäßheit der l. 13. cit., ein zehnjähriger non usus hinzukommen müsse! Man würde, meine ich, selbst dem Kaiser Justinian bitteres Unrecht thun, wenn man ihm die Einführung eines so monströsen Instituts zutrauen wollte). —

Nach den bisherigen Erörterungen stellt sich von selbst als die von den Meisten gebilligte und auch allein richtige Ansicht die heraus, daß durch die beiden Verordnungen von Justinian nur die Zeitdauer erweitert, im Uebrigen aber Alles unverändert geblieben ist, so daß also im neuesten Recht nicht anders, wie früher, zwischen den servitutes urbanae auf der einen, und den übrigen Servituten auf der andern Seite, der Gegensatz Statt findet, daß die erstren nur durch usucapio libertatis, die andern aber schon durch blosen non usus verloren gehen; eine Theorie, deren Richtigkeit auch noch insbesondere daraus hervorgeht, daß dieselbe ganz so in die Pandekten aufgenommen ist. Von welcher großen praktischen Bedeutung dies aber sei, leuchtet von selbst ein, wenn man die so ganz verschiedene Natur der usucapio libertatis und des non usus in's Auge faßt. Die erste nämlich charakterisirt sich als erwerbende Verjährung des Stück Eigenthums, welches durch die Servitut von dem Komplex der Eigenthumsrechte losgerissen war, wobei leicht ersichtlich der bei servitutes urbanae überhaupt herrschende Gesichtspunkt vorwaltet, daß die Rückkehr zur natürlichen Freiheit sich wieder als neue Servitut herausstellt, s. oben §. 342. Anm. 3. Hiernach gehört aber zur usucapio libertatis, daß sich der Herr der dienenden Sache nicht nur im Besitz dieser Sache befinde, l. 32. §. 1. de S. P. U., sondern sich auch in den Besitz der durch die Servitut ihm entzogenen Eigenthums-Befugniß gesetzt habe, und daß dieser Besitz — wenigstens nach den Grundsätzen des kanon. Rechts — gutgläubig sei, so wie auch konsequent noch der andre Unterschied von dem non usus angenommen werden muß, daß die Komputation hier eine andre ist. Während nämlich bei dem non usus der ganze letzte Tag abgelaufen sein muß, genügt bei der usucapio libertatis schon die Erreichung desselben, s. oben §. 196. Anm.

Drittes Kapitel.

Von der Emphyteusis und der Superfizies.

I. Von der Emphyteusis.

Dig. VI. 3. si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur; Cod. IV. 66. de jure emphyteuticario; XI. 61. de fundis patrimonalibus et saltuensibus et emphyteuticis et eorum conductoribus. — Glück VIII. S. 378 fgg., Gesterding, Eigenthum S. 405 fgg., v. Buchholtz, jurist. Abh. No. 25. („Ueber die Unterschiede zwischen der Emphyteusis und Superfizies"), Büchel, zivil. Erörtr. No. 3. („über jura in re und deren Verpfändung") S. 22 fgg., 2. Aufl. Bd. I. S. 304 fgg. S. 430 fgg., *Vuy*, de originib. et natura juris emphyteutici Romanor. Heidelb. 1838, Arndts im Rechtslexik. III. S. 849 fgg., Ders. zur Lehre von der Emphyteuse; in der Gieß. Ztschr. N. F. III. S. 245 fgg. S. 367 fgg., Schmid, Handb. des gem. deutsch. bürgerl. Rechts. Bes. Theil Bd. II. S. 1 fgg., Wirth, Beiträge zur Systematik S. 116 fgg. — S. auch v. Tigerström, über das frühere Verhältniß des Rechts am ager vectigalis. Greifsw. 1828.

A. Begriff. §. 358.

1) Tit. Dig. si ager vectig. *Paul.* l. 1: Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu [leg.: quamdiu]

pro his vectigal pendatur, quamdiu [leg.: tamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus. §. 1. Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos muncipes, (*Ulp.* l. 2.) ita tamen, si vectigal solvent. — *Paul.* l. 3: Idem est, et si ad tempus habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit.

2) §. 3. J. de locat. et conduct. (3, 24): Adeo autem aliquam familiaritatem inter se habere videntur emtio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. Ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quoque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana [l. 1. C. de jure emph.] lata est, quae emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem — — —.
3) *Zeno* l. 1. C. h. t.: Jus emphyteuticarium neque conductionis, neque alienationis esse titulis adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constituimus, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem item definitionemque habere propriam, et justum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus, scriptura interveniente habitis, placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri, ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventione concepta, si quidem tanta emerserit clades, quae prorsus etiam ipsius rei, quae per emphyteusin data est, faciat interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum permansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat,

imputetur. Sin vero particulare vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum.

Anm. Während man früher in der Emphyteuse stets ein dominium utile finden wollte, eine Meinung, welche namentlich auch noch von Glück VIII. S. 81. S. 371. und Duroi im ziv. Arch. VI. S. 386 fgg., vgl. auch Tigerström a. a. O. und v. Schröter in Gießer Zeitschr. II. S. 237 fgg. vertheidigt wird, ist es in neuerer Zeit, besonders nach den Ausführungen Thibaut's, Versuche II. No. 3, und ziv. Abh. No. 11, herrschend geworden, der Emphyteuse den Charakter eines dominium utile abzusprechen, und darin nur ein jus in re aliena zu finden, was auch offenbar allein richtig ist. Denn nicht nur, daß es gar kein dominium directum und utile giebt, s. oben §. 303. Anm., und die für ein dominium des Emphyteuta gewöhnlich angezogenen Stellen, l. un. C. Th. de comm. div. (2, 25), l. 5. *C.* Th. de censitor. (13, 11), l. 2. 4. 12. C. de fund. patrim., sich von selbst durch die Bemerkung Thibaut's erledigen, daß die römischen Kaiser nicht selten den Besitzern von Emphyteusen wirkliches Eigenthum einräumten, vgl. bes. l. 5. C. de locat. praed. civil. (11, 70), so wird auch in den Gesetzen mehrfach sehr bestimmt das Gegentheil gesagt. So soll nach l. 1. C. de jur. emph. das emphyteutische Recht nicht zu den tituli *alienationis* gerechnet werden, und im Verlauf dieser Konstitution wird der *dominus* so bestimmt wie möglich dem Emphyteuta entgegengesetzt, vgl. auch l. 2. 3. eod., l. 8. C. de fund. patrim., §. 3. J. de locat., wo derselbe Gegensatz vorkommt; und ganz ausdrücklich wird an mehreren Stellen angeführt, daß der Inhaber eines ager vectigalis [id est emphyteuticarius, cf. Rubr. tit. Dig.] nicht dominus sei, l. 1. §. 1. h. t., l. 71. §. 5. 6. de legat. I. So nahe also auch das jus emphyteuticarium an das dominium anstreift, so ist es doch jedenfalls nur ein jus in re aliena [„jus praedii“ heißt es in l. 3. §. 4. de reb. eor. (27, 9)], und zwar charakterisirt es sich wesentlich als das dingliche, vererbliche und veräußerliche Recht an fremdem Grund und Boden, vermöge dessen der Inhaber gegen Entrichtung eines jährlichen Kanon das volle Gebrauchs- und Benutzungs-Recht hat, so jedoch, daß die Sache nicht deteriorirt werden darf. Was Büchel a. a. O. als das spezifische Merkmal ansieht, wodurch sich namentlich dieses Recht von den Servituten unterscheibe, daß nämlich dem Emphyteuta nur die vollständige, vom Eigenthum unabhängige, Ausübung fremden Eigenthums zustehe, kann ich in Gemäßheit früherer Erörterungen, vgl. oben §. 338. Anm. 1, nicht als solches anerkennen. Vgl. auch Arndts, Rechtslex. S. 853, und bes. Gießer Zeitschr. cit. S. 245 fgg.

B. Rechte und Verbindlichkeiten des Emphyteuta. §. 359.

Anm. Ob der Emphyteuta wegen Mißwachses u. dgl., ähnlich, wie der Zeitpachter, eine verhältnißmäßige Remission des Kanon verlangen kann, oder nicht, sollte nach der klaren Bestimmung der l. 1. C. h. t. wohl nicht bestritten

sein; denn da nach der Bestimmung Zeno's in dem angeführten Gesetze ein theilweiser Untergang des emphyteutischen Guts selbst, keine Ansprüche auf Nachlaß begründet, so darf dies doch gewiß um so weniger bei vorübergehenden Unglücksfällen Platz greifen. Doch sind Manche, und unter den Neueren namentlich auch Mühlenbruch §. 296. und Puchta §. 176 a. E. anderer Meinung wegen l. 15. §. 4. locati cond. (19, 2). In der That aber möchte es noch gar sehr zweifelhaft sein, ob diese Stelle wirklich von der Emphyteuse verstanden werden darf, denn die Worte: hoc idem et in vectigalis damno respondit, können auch eben so gut von einer Zollpachtung verstanden werden. Glaubt man aber auch wirklich dieselben auf die Emphyteuse beziehen zu müssen (was namentlich auch in den Basiliken XX. 1. fr. 15. geschehen ist; vgl. aber auch schol. ad h. l., bei Fabr. II. p. 457, bei Heimb. II. p. 344, wo auch die Zollpachtung erwähnt ist), so würde dies doch nur als eine später weggefallene Folge der vor Zeno herrschend gewesenen Ansicht anzusehen sein, daß das dem emphyteutischen Rechte zu Grunde liegende Verhältniß eine locatio conductio sei, *Gai.* III. §. 145. Vgl. auch Büchel a. a. O. S. 321 fgg., Arndts, Rechtslex. S. 862 fgg., Schmidt, Hdb. S. 32 fgg. Not. 8.

C. Errichtung der Emphyteuse. §. 360.

Anm. Ob eine Emphyteuse durch Verjährung begründet werden könne, ist sehr streitig. Es sind hier wohl folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Wenn ein Dritter das Eigenthum Jemandes nach den Grundsätzen der Eigenthums-Verjährung ersitzt, während der bisherige Eigenthümer oder dessen Nachfolger als Emphyteuta behandelt wurde, so muß gewiß gesagt werden, daß das Eigenthum mit Abzug der Emphyteuse erworben sei, nach der Regel: tantum praescriptum, quantum possessum, vgl. l. 20. pr. C. de agricol. (11, 47) und Glück VIII. S. 472, Fritz, Erläutr. S. 403, Wening, Lehrb. §. 159. bei Not. q. und bes. Arndts, Rechtslex. S. 875 fgg.; vgl. auch Schmid a. a. O. S. 15 fgg. Wenn Unterholzner II. S. 225 fgg., Mühlenbruch, Lehrb. §. 297. bei Not. 9, Göschen, Vorles. II. §. 324, Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 538. Not. 27. u. A. m. hiergegen einwenden, daß es hier immer an den gehörigen Erfordernissen des Verjährungsbesitzes fehle, so ist dies gewiß unwahr, denn es steht durchaus nichts der Annahme im Wege, daß der Dritte durch den bisherigen Eigenthümer, als seinen Stellvertreter, den Besitz erwerbe und fortsetze (s. auch oben S. 358).

2) Sehr gewöhnlich wird aber auch angenommen, daß eine unmittelbare Ersitzung der Emphyteuse, und zwar auf dem Wege der ordentlichen Verjährung Platz greife, und man streitet nur hauptsächlich darüber, ob hierbei die Grundsätze der Eigenthums- oder der Servituten-Verjährung in Anwendung kämen, Glück VIII. S. 470 fgg. und die da Angeff., Gesterding, Eigenth. S. 417 fgg., Thibaut, Syst. §. 1018, Schweppe §. 324, Wening, Lehrb. §. 159, Mackeldey, Lehrb. §. 298, Arndts, Rechtslex. S. 872 fgg., Schmidt a. a. O. S. 11 fgg., Francke im ziv. Arch. XLIV. S. 119 fgg. Man muß

sich aber doch wohl gegen die Möglichkeit dieser Verjährung erklären. Die Gesetze schweigen über diese Frage, denn die einzige Stelle, die man mit einigem Schein hierauf beziehen könnte, und auf die sich auch wirklich sowohl die Vertheidiger, wie die Gegner der ord. Verj. zu berufen pflegen, gibt für keine der beiden Ansichten ein entscheidendes Argument. Es ist dies der Paulinische Ausspruch in l. 12. §. 2. de Publ. act. (6, 2):

„In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt".

Die Anhänger der Verj. Theorie berufen sich auf diese Stelle, weil hier ja dem emphyteutischen Besitzer die a. Publiciana eingeräumt, und damit die Möglichkeit der Verjährung des emphyteutischen Rechts zugestanden würde, vgl. jetzt auch bes. Francke a. a. O. S. 121 fgg. In Wahrheit ist aber hier die a. Public. wohl gar nicht dem vektigalischen, sondern vielmehr dem Eigenthums-Besitzer eines städtischen Grundstücks zugestanden, und es ist also der Fall entschieden, wenn Jemand ein städtisches Grundstück, unbekannt mit dieser Qualität, justo titulo an sich gebracht hat. Aber auch, wenn wir annehmen müßten, daß hier wirklich von der actio Public. eines vektigalischen Besitzers die Rede sei — wofür sich allerdings auch ganz gute, obgleich m. E. ganz und gar nicht entscheidende, Gründe anführen lassen —, so ist doch ein irgend sicherer Rückschluß von der Zulässigkeit der actio Publ., namentlich einer *utilis a. Publ.*, auf die Statthaftigkeit der Usukapion schlechthin nicht begründet, vgl. auch oben §. 335. Eben so wenig können aber auch die Gegner der Verj. sich auf unsre Stelle berufen, denn durch die Worte: quae usucapi non possunt soll gewiß nicht auf die Unverjährbarkeit des vektigalischen Rechts, sondern nur auf die Unverjährbarkeit städtischer oder ähnlicher Grundstücke hingewiesen werden. Muß man nun aber zugestehen, daß nirgends in den Gesetzen das Institut der ord. Verjährung auf die Emphyteuse angewendet wird, während doch dasselbe als singuläres Rechtsinstitut immer einer besondren Begründung bedarf, so muß man sich schon blos deßwegen gegen die Zulässigkeit derselben erklären, und dazu kommt dann noch der sehr entscheidende innere Grund, daß es nicht, wie eine quasi possessio der Servitut, auch eine possessio des emphyteutischen Rechts, sondern nur einen Besitz der emphyteutischen Sache giebt (s. oben S. 355), und man doch nothwendig das, was man ersitzen will, auch besessen haben muß, vgl. auch Zimmern, römisch-rechtl. Unters. S. 126 fgg., Unterholzner, Verj. II. §. 239, Büchel, über jura in re, S. 52 fgg. 2. Aufl. S. 337 fgg. S. 432 fgg., Fritz, Erläutr. S. 403. (der jedoch in seiner Ausg. des Wening'schen Lehrb. §. 159. Not. r. diese Meinung zurückgenommen hat), Mühlenbruch, Lehrb. §. 297, Schilling II. §. 180, Göschen, Vorles. II. §. 324, Puchta, Lehrb. §. 177, Sintenis, prakt. Zivilr. I. S. 538. Not. 27. u. A. m. — Doch gehen aber diese zuletzt angeff. Schriftsteller (mit Ausnahme von Fritz) wohl zu weit, wenn sie auch die Möglichkeit der außerordentlichen Verjährung in Abrede stellen. Da nämlich Justinian in l. 8. C. de praesc. XXX. annor. allgemein sagt, so oft die rei vindicatio durch Klagen-Verjährung ver- gegangen sei, so solle der Andre, wenn er nur in bona fide sei, selbst vi dürfen, und dies auch ganz auf die Emphyteuse paßt, so muß wohl

die außerordentliche Verjährung hier als anwendbar betrachtet werden, und für den Fall einer übertragenden Verjährung räumt dies auch Unterholzner §. 240. ein. —

Uebrigens ist nicht in Abrede zu stellen, daß möglicher Weise auch schon in kürzerer Zeit die Emphyteuse entstehen kann, nämlich nach den Grundsätzen stillschweigender Uebereinkunft, wo dann auch natürlich von den Erfordernissen der Ersitzung nicht die Rede sein kann.

D. Erlöschung der Emphyteuse. §. 361.

Anm. Inwiefern eine Erlöschung der Emphyteuse durch Verjährung Platz greife, ist sehr bestritten, vgl. z. B. Glück VIII. S. 548, Gesterding, vom Eigenthum S. 441 fgg., Unterholzner, Verj. II. §. 241, Göschen, Vorles. II. §. 325, Arndts, Rechtslex. S. 879 fgg., Schmid, Hdb. S. 43 fgg. Da keine besondern Gesetze hier vorkommen, so müssen nur die allgemeinen Prinzipien entscheiden, und darnach möchte es:

1) unzweifelhaft sein, daß die Emphyteuse dann erlöscht, wenn der Emphyteuta selbst oder sein Nachfolger das Eigenthum akquisitiv verjährt. Dieser Fall wird freilich selten vorkommen können, aber unmöglich ist er nicht, und man denke sich nur z. B. wenn der Emphyteuta mit dem vermeintlichen dominus emphyteuseos ein Eigenthum übertragendes Geschäft abschließt, oder wenn der Emphyteuta, von der emphyteutischen Eigenschaft des Guts nichts wissend, dasselbe an einen Dritten veräußert hat.

2) Eben so kann auch unbedenklich eine Erlöschung der Emphyteuse angenommen werden, wenn ein Dritter gegen den dominus emphyteuseos und gegen den Emphyteuta durch Akquisitiv-Verjährung das Eigenthum erwirbt.

3) Endlich versteht es sich, daß auch die gewöhnliche Extinktiv-Verjährung der Klagen hier Platz greift.

II. Von der Superfizies. §. 362.

Dig. XLIII. 18. de superficiebus. — Gesterding a. a. O. S. 56 fgg., v. Buchholtz a. a. O., Büchel a. a. O. S. 340 fgg., *Nieyolewski* de jure superficiario. Bon. 1846, Schmid, Handb. II. S. 57 fgg., Heimbach in Weiske's Rechtslex. X. S. 695 fgg., Wirth, Beiträge zur Systematik S. 123 fgg. Vgl. auch Rudorff, Beitrag zur Geschichte der Superfizies; in der gesch. Zeitschr. XI. S. 219 fgg.

Ulp. l. 1. §. 1. h. t.: Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est, nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex emto agere cum domino soli potest.

Etenim si ipse eum prohibeat, quod interest, agendo consequetur, sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere. Sed longe utile visum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est, possidere potius, quam in personam experiri, hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri.

Viertes Kapitel.

Vom Pfandrecht.

Dig. lib. XX; Cod. VIII. 14—36. — *Balduin*, comm. de pignoribus et hypothec. in *Heineccii* Jurispr. R. et A. tom. I. p. 253 sqq., *Donellus*, de pignorib. et hypothec. (in opp. tom. VI.), *Bachov*, de eod. arg. Francof. 1627, 1756, *Alteserrae*, Comment. ad lib. XX. Dig. in Recitat. quotid. tom. I. pag. 355 sqq., Westphal, Versuch einer system. Erläutr. der sämmtl. röm. Gesetze vom Pfandrecht. Leipzig 1770, 1794, 1800, *Erxleben*, principia de jure pignorum et hypothecar. Gött. 1779, Gesterding, die Lehre vom Pfandrecht. Greifsw. 1816, 1831, Glück Bd. XVIII. S. 161 fgg.. Bd. XIX, Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836, Schmidt, Grundsätze des gem. und preuß. Pfandrechts. Breslau 1840, Bachofen, das römische Pfandrecht. Bd. I. Basel 1847, (vgl. auch dazu die Rezens. von Keller in Richter's krit. Jahrbb. Jahrg. XI. [1847] S. 961 fgg.), Heimbach in Weiske's Rechtslex. VIII. S. 1 fgg., Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts. Bd. I. Leipzig 1860, (dazu Scheurl in der krit. Vierteljahrsschr. II. S. 416 fgg., S. 481 fgg.).

Vgl. auch Corpus selectorum tractatuum de pignorib. et hypothecis. Francof. 1586. et saep. (wo sich unter Andern auch die angeff. Schriften von Donellus und Bachov finden) — Sintenis, pfandrechtl. Streitfragen. Heft I. Zerbst 1835, Wirth, Beiträge zur Systematik S. 98 fgg.

I. Von der Natur des Pfandrechts.

1) Begriff und Arten des Pfandrechts. §. 363.

1) §. 7. J. de actionib. (4, 6): Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius Praetoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur; quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam adtinet, nihil interest, nam de qua re inter debitorem et creditorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est; nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.

2) *Marcian.* [libr. singul. ad formul. hypothecar.] l. 5. §. 1. de pignor. (20, 1): Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.

Anm. 1. Ueber die Geschichte des römischen Pfandrechts (fiducia-pignus-hypotheca) vgl. *Thierbach*, historia jur. civil. de pignorib. Lips. 1814, Sintenis §. 25, Puchta, Kurs. der Institut. II. §. 246 fgg., Rudorff in der geschichtl. Zeitschrift XIII. 4, Bachofen, Kap. I. II. XIX., Dernburg I. S. 1—96; und über die Fibuzia insbesondere s. *Conradi*, de pacto fiduciae (in opusc. edid. Pernice I. p. 177 sqq.), *Stas*, de contractu fiduciae sec. praecepta vet. juris Rom. Leod. 1824, *Buechel*, de fiducia. Marb. 1828, *H. A. Zachariae*, de fiducia. Gothae 1830.

Anm. 2. Wenn man auch unbedingt zugeben muß, daß das Pfandrecht wenigstens dann, wenn das Objekt desselben eine Sache oder ein Sachenrecht ist, ein dingliches Recht [vgl. auch l. 30. de noxal. act. (9. 4), l. 19. pr. de damno infecto (39, 2)] und die Pfandklage eine *actio in rem* ist, §. 7. J. de act. (4, 6), l. 17. de pignoribus (30, 1), l. 17. C. eod. (8, 13) u. v. A., so erhellt doch bei genauerer Beachtung, daß sich dasselbe höchst charakteristisch von allen übrigen dinglichen Rechten unterscheidet. Die letzteren gewähren dem Berechtigten materielle Herrschaftsrechte, vermöge deren er während der Dauer seines Rechts in größerem oder geringerem Umfange auf die dienstbare Sache einzuwirken, sie zu gebrauchen, sie sich nutzbar zu machen befugt ist; sie sind ihrer Natur nach auf Dauer berechnet, und sie werden nur ihrer selbst wegen errichtet, d. h. gerade nur, um den Berechtigten jene Herrschaftsrechte und die damit verbundenen Nutzungen zu gewähren. Ganz anders das Pfandrecht! Von materiellen Herrschaftsrechten während der Dauer des Rechts ist hier keine Rede,

indem der Berechtigte in keinerlei Weise auf die verhaftete Sache einzuwirken, oder sie zu gebrauchen befugt ist, sondern sein Recht besteht nur darin, sich für den Fall, daß der Schuldner nicht rechtzeitig zahlt, zu der Sache, bei wem immer sie sein mag, hinziehen und dadurch seine Befriedigung erzwingen zu dürfen; nur zu diesem Zwecke — also nur um eine anderweite Leistung herbeizuführen —, nicht um Begründung der Herrschaft selbst Willen wird dasselbe konstituirt, und es ist also begreiflich nicht auf Dauer berechnet, sondern mit Erreichung jenes Zwecks erlöscht es von selbst, und je eher es erlöscht, um so mehr entspricht dies dem Interesse des Berechtigten. Daß in all' diesen Punkten das Pfandrecht sich eben so sehr der **Obligatio** annähert, wie es sich von den übrigen jura in re aliena unterscheidet, bedarf keiner besondern Ausführung, und da dürfte es doch wohl mehr als eine blose „in das Reich der Phantasie zu verweisende Spielerei" (s. **Puchta**, Vorles. §. 193. a. E., **Dernburg** I. S. 111) sein, wenn man im Gegensatz zu den übrigen jura in re aliena, welche eine *rei servitus* begründen, das spezifische Wesen des Pfandrechts in eine *rei obligatio* setzt. Daß dieß aber auch in der That die Ansicht des römischen Rechts ist, geht mit Entschiedenheit aus dem feststehenden Sprachgebrauch der Quellen hervor, wornach die Verpfändung und das Pfandrecht selbst durch obligatio, und das Verpfänden durch rem oder auch pignus vel hypothecam obligare, rem pignore, oder auch pignoris jure obligare, rem in obligationem deducere aut dare u. s. w. ausgedrückt wird, Ausdrücke, die nicht etwa nur hier und da in den Quellen vorkommen, sondern gerade die regelmäßigen und gewöhnlichen sind, s. **Riebel** in Hugo's ziv. Mag. V. 3. und bes. **Büchel**, zivilr. Erörtr. Nr. 2. S. 27 fgg. (2. Aufl. S. 143 fgg.). Wie fruchtbar diese Anschauung für die gesammte Theorie des Pfandrechts ist, wird aus den nachfolgenden Detailerörtrungen hervorgehen, und man muß sich nur hüten, wegen dieser Verwandtschaft mit der obligatio die dingliche Natur des Pfandrechts in Abrede zu stellen, und in dem Pfandrechte ein wahres Schuldverhältniß zwischen dem Gläubiger und der Sache zu erblicken, wobei der letztren die Rolle der Schuldnerin zufiele; wie die res serviens nicht wirklich ancilla, so ist begreiflich auch die res obligata nicht wirklich debitrix!

Im Ganzen hat man diese Grundidee des Pfandrechts bis in die neueste Zeit hin verkannt, denn wenn auch hier und da Andeutungen derselben vorkommen, vgl. z. B. außer **Riebel** cit. noch **Du Roi** im Archiv f. z. P. VI. S. 405, **Mühlenbruch**, Cession. 2. Aufl. S. 10, 3, Aufl. S. 15, **Schweppe**, Hdb. II. S. 251, so hat doch erst **Büchel**, zivilrechtliche Erörterungen No. 2. Marburg 1833 (2te Aufl. Marburg 1847) dieselbe fester begründet, und die Wichtigkeit derselben näher nachgewiesen, wobei derselbe jedoch im Einzelnen vielfach zu weit geht. Wenn diese Ansicht seitdem auch zahlreiche Anhänger gefunden hat, vgl. z. B. **Mühlenbruch**, Lehrbuch §. 299, **Sintenis**, pfandrechtliche Streitfragen S. 4 fgg., Handb. des Pfandrechts §. 2, prakt. Zivilrecht I. §. 67, **Warnkönig** in Roßhirt's Zeitschrift III. S. 78 fgg., **Huschke** in der Gießer Zeitschr. XX. S. 221 fgg., **Arndts**, Lehrbuch §. 364, **Brinz**, Lehrbuch §. 82, **Scheurl** a. a. O. S. 434 fgg. u. A. m.: so hat es derselben doch auch von Anfang an nicht an Gegnern gefehlt, und ausführlicher haben sich dagegen ins-

besondre ausgesprochen Roßhirt in seiner Zeitschrift V. S. 164 fgg., Puchta, Kurs. der Instit. II. §. 249. Note c, Lehrbuch §. 203. Note d, Vorles. I. ad h. l., Schmidt, Pfandr. Kap. I. bes. S. 33 fgg., Lang im ziv. Arch. XXVIII. 14, Keller, Pand. §. 190, Dernburg I. S. 104 fgg., Windscheid, Lehrb. §. 224, vgl. auch Bachofen, Pfandr. I. S. 226. Ihre Ausführungen treffen aber in Wahrheit nicht den Kern unsrer Ansicht, sondern nur die auch von uns zurückgewiesenen Auswüchse derselben, daß das Pfandrecht gar kein dingliches Recht sondern nur ein Schuldverhältniß zwischen dem Gläubiger und der verpfändeten Sache sei.

Anm. 3. Zimmern im Archiv für ziv. Prax. VII. S. 314 fgg. hat nach dem Vorgange von Du Roi ebendas. VI. S. 399 fgg., die selbstständige, dingliche Natur des Pfandrechts ganz abgeleugnet, indem der Pfandgläubiger nur den Eigenthümer repräsentire, und gleichsam nur ein mandatum agendi et alienandi habe. Dies ist aber ganz unrichtig, denn theils hat der Pfandgläubiger Rechte, welche der Schuldner nicht hat (actio hypothecaria gegen die Successoren des Schuldners, ja gegen den letzteren selbst, das interdictum Salvianum u. s. w.), theils würde aus dem Gegentheil noch nicht die Unselbstständigkeit des Pfandrechts gefolgert werden können, vgl. auch dagegen Roßhirt im ziv. Arch. VIII. S. 23 fgg., Michelsen ebendas. S. 364 fgg., Mühlenbruch, Cession S. 13. Note 20, Trotsche, das Verpändungsrecht des Pfandgläubigers. Güstrow 1834. S. 11 fgg., S. 87. 88, Dernburg I. S. 128 fgg.

2) Accessorische Natur des Pfandrechts. §. 364.

1) *Marcian.* l. 5. de pignor.: Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum, et sive pure est obligatio vel in diem, vel sub conditione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat; sed et futurae obligationis nomine dari possunt; sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte ejus, et vel pro civili obligatione, vel honoraria vel tantum naturali; sed et in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio exstiterit.

2) *Ulp.* l. 14. §. 1. eod.: Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat.

Anm. 1. Ueber die Verpfändung für eine ganz unwirksame Obligation, sei dieselbe ipso jure ungiltig oder vermittelst einer exceptio in favorem debitoris unwirksam, vgl. man Weber, nat. Verb. §. 165, Thibaut, ziv. Abh. No. 14, Seuffert, Erörterungen. Abth. 2. S. 85 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschrift I. S. 135 fgg., Büchel, über die Verpfändung für nicht vollgiltige Obligationen. Marburg 1836. S. 119 fgg., Sintenis, Handbuch §. 9, prakt. Zivilr. I. §. 68. Note 2, Dernburg I. S. 540 fgg.

Anm. 2. Daß auch für eine naturalis obligatio giltig ein Pfand bestellt werden könne, ist in mehreren Stellen ausdrücklich gesagt, vgl. Text 1 und 2, l. 101. de solut. (46, 3). Ob aber in einem solchen Falle das Pfandrecht auch eine actio, oder nur ein Retentionsrecht erzeuge, ist sehr bestritten. Früherhin wurde sehr allgemein das Erstre angenommen, während in neuerer Zeit nicht selten, bes. auf die Auktorität von Weber, nat. Verb. §. 107 das Zweite behauptet worden ist, s. z. B. Glück XIV. S. 43 fgg., Seuffert, Erörtr. II. S. 88 fgg, Holtius, Abhh. S. 26 fgg., und zwar vornämlich aus folgenden Gründen: Zunächst und vorzüglich führe dahin schon die Natur des Pfandrechts als eines accessorischen Rechts, womit es nicht wohl verträglich sei, wenn es stärker sein wolle, als die prinzipale Forderung, und zwar könne dies um so weniger angenommen werden, als damit sehr leicht in fraudem legis gehandelt werden könne. Ferner aber spreche dafür die Bestimmung des röm. Rechts, daß der dritte Pfandbesitzer nicht anders die Pfandsache herauszugeben schuldig sei, als wenn ihm der Kreditor die Klage gegen den Schuldner zedire, l. 19. qui potior. in pign. (20, 4), und endlich könne man für diese Ansicht bestimmte positive Gesetze anführen, nämlich l. 101. §. 1. de solut., l. 4. 22. de usur. (4, 32), und l. 2. quae res pignori (20, 3), vgl. mit l. 9. §. 3. ad SC. Maced. (14, 6). — Man muß hier jeden Falls unterscheiden. Ist nämlich von einer obligatio naturalis im abgeleiteten Sinne des Wortes die Rede, d. h. von einer obligatio, die zwar ipso jure giltig, aber wegen einer exceptio in odium creditoris introducta unwirksam ist, wie z. B. bei dem Darlehn eines Hauskindes, so kann die Frage nur so gefaßt werden: steht die exceptio, welche der actio in personam entgegensteht, auch der hypothekarischen Klage entgegen, oder nicht? Hat ein Dritter verpfändet, so muß gerade, wie bei Bürgen unterschieden werden: ob er dies animo donandi gethan hat, oder nicht, und während im ersten Fall die exceptio wegfällt, muß man sie im zweiten allerdings einräumen, l. 2. quae res pignori (20, 3), vgl. mit l. 9. §. 3. ad SC. Maced. (14, 6). Hat aber der Schuldner selbst verpfändet, so geschah dies entweder irrthümlich oder doch in einer Zeit, wo er nicht mit Wirksamkeit auf die Einrede verzichten konnte, und dann steht auch der actio hypothecaria die Einrede entgegen, oder es geschah dies wissentlich, und dann fällt die exceptio hinweg, vgl. l. 9. pr. ad SC. Maced. — Was aber die naturalis obligatio im eigentlichen Sinne des Worts anbelangt, d. h. eine obligatio, die zwar ipso jure ungiltig ist, deren Grundlage aber nach jus gentium rechtsbeständig ist, so darf man einem Pfandrecht, welches für eine solche obligatio bestellt ist, den vollen Effekt, namentlich die hypothekarische Klage nicht absprechen, denn

1) die Natur des Pfandrechts als eines accessorischen Rechts ist zwar allerdings insofern entscheidend, daß ohne eine prinzipale Forderung dasselbe nicht entstehen kann. Ist es aber einmal entstanden, so geht es nun seine eigenen gewiesenen Wege [suas conditiones habet, l. 13. §. 4. de pignor. (20, 1)], was ja soweit gehen kann, daß es sogar, nachdem die zu Grunde liegende Forderung durch Extinktiv-Verjährung erloschen ist, noch fortdauern kann, l. 7. C. de praescr. XXX. ann. (7, 30), vgl. oben S. 236 fgg. Wollte man eine völlige Gleichheit zwischen dem prinzipalen und dem accessorischen Recht annehmen,

so müßte ja auch die Persönlichkeit der Schuldklage eine Persönlichkeit der Pfandklage herbeiführen.

2) Abgesehen von der sehr passenden Analogie andrer accessorischer Rechte, wie namentlich des Konstitutum und der Bürgschaft, bei denen ebenfalls eine Klage Statt findet, obwohl sie einer oblig. natur. hinzutreten, entscheiden auch für das Pfandrecht insbesondere deutliche Gesetze. Dahin gehören nämlich schon die oben angeführten Stellen, welche allgemein die Konstituirung eines Pfandr. für eine oblig. natur. zulassen, ohne dabei auch nur mit einem Worte des Mangels der Klage zu erwähnen, und ganz entscheidend werden diese Aussprüche für die richtige Meinung, wenn man dabei an die Worte der l. 27. pr. de noxal. act. denkt: nullum pignus est, cujus persecutio negatur. Außerdem gehört aber hierher auch vorzüglich die l. 59. pr. ad SC. Trebell. (36, 1), wo geradezu anerkannt wird, daß ungeachtet einer zu Grunde liegenden obligatio naturalis doch eine persecutio pignoris Statt finden könne, und eben so muß auch hierher die l. 13. pr. de cond. indeb. (12, 6) gerechnet werden.

3) Wenn Weber als Grund gegen diese Ansicht das Recht des dritten Pfandbesitzers auf Zession der Prinzipalklage anführt, so übersieht er, daß dieses nur ein beneficium desselben ist, wodurch die Zulässigkeit der Pfandklage selbst unmöglich bedingt werden kann, und von geringer Bedeutung sind auch die von Weber für sich angeführten Gesetze, denn in l. 101 de solut. und in l. 4. 22. C. de usur. ist nur auf Veranlassung vorgelegter Fälle gesagt, daß wegen einer oblig. nat. ein Pfand distrahirt und retinirt werden könne; daß die Pfandklage fehle, steht nirgends. Die l. 2. quae res pignori findet aber in der oben vorgetragenen Unterscheidung ihre vollständige Erledigung.

4) Ein scheinbares Argument könnte noch aus l. 13. quib. mod. pign. solv. (20, 6) entlehnt werden, denn dort wird die Erlöschung des Pfandrechts ausgesprochen: si debitor a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit, und in anderen Stellen z. B. in l. 60. de cond. indeb. (12, 6) heißt es, der ungerechter Weise absolvirte Schuldner bliebe natura doch noch immer debitor. Freilich fällt aber dieses Argument von selbst hinweg, wenn man nur die Aussprüche der letztern Art richtig versteht, vgl. oben S. 274 fgg.

Gewiß mit Recht haben sich daher auch in neuester Zeit die bei weitem Meisten dafür entschieden, daß das für eine oblig. nat. bestellte Pfand vollkommen klagbar sei, vgl. z. B. Francke, ziv. Abh. Nr. 2, Gesterding, Pfandrecht. 2te Auflage. S. 7 fgg., Schweppe, Handbuch II. §. 328, Mühlenbruch, Cession. 3te Auflage. S. 412. fgg., Büchel in der Anm. 1. angef. Abhandlung S. 130 fgg., Sintenis, Handb. §. 10, und in Richter's krit. Jahrb. 1837. S. 303 fgg., *Molitor*, les obligat. I. p. 36 sqq., Dernburg I. S. 537 fgg., Schwanert, Naturaloblig. S. 209 fgg., und die Lehrbb. von Mühlenbruch §. 300, Wening §. 163, Thibaut (vgl. dessen System. 8te Auflage. §. 782. in den frühern Ausgaben §. 636. vertheidigte derselbe die entgegengesetzte Meinung, und in Brauns Erörterungen S. 558. die gewiß verwerfliche Mittelmeinung, wornach es darauf ankommen soll, ob die oblig. gleich bei der Verpfändung der Klage ermangelt, oder ob diese erst nachher verloren gegangen sei, s. jedoch auch Sintenis, Handbuch §. 10). Vgl. auch Schilling, Lehrbuch der Instit. und

Gesch. II. §. 205, Puchta, Lehrb. §. 194. a. E., Savigny, Syst. V. S. 390, Obligationenrecht I. S. 50, Arndts, Lehrb. §. 366. Anm., Brinz, Lehrbuch §. 78. S. 293, Windscheid, Lehrbuch §. 225. Note 8.

3) S. g. Untheilbarkeit des Pfandrechts. §. 365.

Cod. VIII. 32. [31.] si unus ex pluribus heredibus creditoris v. debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit. — Sintenis §. 4, Warnkönig in Roßhirt's Zeitschr. III. S. 77 fgg., Wächter im ziv. Archiv XXVII. S. 188 fgg.

1) *Ulp.* l. 19. de P. et H. (20, 1), Qui pignori plures res accepit, nou cogitur unam liberare, nisi accepto universo, quantum debetur.

2) *Valerian.* et *Gallien.* l. 1. C. h. t.: Manifesti et indubitati juris est, defuncto creditore multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos ex lege XII. tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri.

3) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 2. C. eod.: Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quaesita scinditur, pignoris autem jure multis obligatis rebus, quas diversi possident, quum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur, qui possident tenentes non pro modo singularum substantiae conveniuntur, sed in solidum, ut vel totum debitum reddant vel eo, quod detinent, cedant.

Anm. Wenn ein Pfandgläubiger mit Hinterlassung mehrerer Erben verstirbt, so steht so viel fest, daß in Folge der s. g. Untheilbarkeit des Pfandrechts die ganze Pfandsache einem Jeden der mehreren Erben für den auf ihn fallenden Antheil der Forderung in solidum verhaftet bleibt, T. 2. Setzen sich aber die Erben auseinander, so muß in dem judicium familiae herciscundae auch dieses Pfandverhältniß regulirt werden, und zwar bietet sich hier der einfache Ausweg, daß das Pfand Einem der Miterben abjudizirt, und dieser dann zur Abfindung der Uebrigen kondemnirt wird. Wenn die verpfändete Sache entschieden mehr werth ist, als die Forderung beträgt, so ist hier gar keine Schwierigkeit, vgl. auch l. 7. §. 12. comm. divid. (10, 3). Ist aber der Werth der Sache zweifelhaft, so ist es das Natürlichste, daß der arbiter fam. herc. eine Versteigerung (licitatio) unter den Miterben anordnet, und dem Meistbietenden die Sache abjudizirt, in welchem Falle dann die Kondemnation auf einen entsprechenden Theil dieser Lizitationssumme gerichtet werden muß. Setzen wir also z. B. es ist Jemanden wegen einer Forderung von 1200 ein Grundstück verpfändet, und der Gläubiger stirbt mit Hinterlassung dreier Erben A. B. und C. Wenn das Grundstück offenbar mehr werth ist, als 1200, so kann der arbiter fam. herc.

unbedenklich Einem der drei Erben das ganze Pfand abjudiziren, und ihn dann zur Herausgabe der 800 an die beiden Miterben verurtheilen. Ist aber der Werth des Grundstücks zweifelhaft, so wird eine Lizitation veranstaltet, und wenn hierbei etwa der Erbe A. das Meistgebot mit 900 hat, so wird diesem das Pfand abjudizirt, und er zur Herausgabe von 600 an die beiden Miterben kondemnirt. — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß durch eine solche Abjudikation kein Eigenthumsrecht für den Adjudikatar begründet wird, vgl. auch l. 7. §. 12. comm. divid. (10, 3), sondern die Wirkung ist nur die, daß dadurch der Abjudikatar im Verhältniß zu seinen Miterben zur ausschließlichen Geltendmachung des Pfandrechts berechtigt wird, womit es sich recht wohl verträgt, daß, wenn diese Miterben nicht ihre vollständige Befriedigung durch den Abjudikatar erhalten haben, das Pfandrecht derselben noch fortdauert, aber natürlich dem Abjudikatar gegenüber nicht geltend gemacht werden kann. Vgl. bes. Bachofen, Pfand. I. S. 197 fgg.

Wenn nun eine solche Abjudikation geschehen ist, so entsteht noch die Frage, durch welche Rechtsmittel der Abjudikatar die Wiedererstattung der an die Miterben ausgezahlten Lizitationssumme erzwingen kann? eine Frage, mit deren Beantwortung sich die vielbesprochene und viel mißverstandene l. 29. fam. herc. (10, 2) beschäftigt:

> *Paul.* libr. XXIII. ad Edict. „Si pignori res data defuncto sit, dicendum est, in familiae herciscundae judicium venire; sed is, cui adjudicabitur, in fam. herc. judicio pro parte coheredi erit damnandus. Nec cavere debet coheredi, indemnem eum fore adversus eum, qui pignori dederit, quia pro eo erit, ac si hypothecaria vel Serviana actione petita litis aestimatio oblata sit, ut es is, qui obtulerit, adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque si is heres, cui pignus adjudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit; adjudicatio enim necessaria est, emtio voluntaria, nisi si objiciatur creditori, quod animose licitus est. Sed hujus rei ratio habebitur, quia, quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset, et ejus, quod propter necessitatem impendit, ultro etiam est actio creditori".

Vgl. außer den Basiliken (XLII. 3, 29) und den Scholien dazu (bei Fabr. V. p. 712 sqq. schol. g—i, bei *Heimbach* p. 269), und außer der Glosse ad h. l. noch besonders *Cujac.* recitt. solenn. ad divers. tit. Dig. ad h. t. (opp. VII. pag. 546 sqq.), und in libr. XXIII. Paul. ad Edict. ad h. l. (opp. V. pag. 359 sqq.), *Martres.* not. in aliqu. ICtor. resp. cap. 20. (Meerm. thes. VI. p. 730), Westphal, Pfandrecht §. 108. Anm. 129, System der Lehre von den einzelnen Vermächtnissen §. 825, Glück XI. S. 59 fgg. Note 62, Sintenis, Pfandrecht S. 447 fgg., prakt. Zivilr. I. S. 635. Note 9, *Wolff*, de pignore a creditoris heredibus in fam. herc. judicium deducto, Kil. 1843. p. 23 sqq., Bachofen, Pfandr. I. S. 196 fgg. Das wesentliche Resultat der Paulinischen Ausführung ist klar. Paulus wirft die Frage auf, ob der Abjudikatar von den abgefundenen Miterben eine Kaution wegen Schadlos-

haltung für den Fall verlangen könne, wenn etwa der Verpfänder ihm die gemachte Auslage nicht ersetzen werde? und er verneint diese Frage, weil kein Bedürfniß zu einer solchen Kaution vorhanden sei, indem es ja dem Adjudikatar nicht an genügenden Mitteln fehle, den Verpfänder zu dieser Ersatzleistung zu nöthigen. Welche Mittel sind es nun aber, die Paulus im Verlaufe der Stelle anführt? Die einstimmige Antwort unsrer Interpreten, von den Byzantinischen Scholiasten an bis auf unsre Tage, geht dahin, in der ersten Hälfte der Stelle nenne Paulus eine Einrede, in der zweiten Hälfte eine Klage, und sie sind nur darüber sehr uneinig, welche Klage Paulus im Sinne habe, ob die actio pignoraticia contraria (z. B. Cujac., Wolff, Bachofen), oder eine actio negotior. gestor. (z. B. die Glosse), oder die ursprüngliche, durch die Adjudikation angeblich auf den Adjudikatar übergegangene Schuldklage (z. B. Sintenis). Gerade darin aber, daß man immer diesen Gegensatz zwischen Einrede und Klage in der Darstellung des Paulus hat finden wollen, liegt der wesentliche Grund der vielen, auch von den neuesten Interpreten nicht vermiedenen Mißverständnisse unsres Fragments. Ich muß gestehen, daß ich von dieser Gegenübersetzung der Einrede und der Klage nichts entdecken kann, sondern nach meinem Dafürhalten ist der Gedankengang des Paulus einfach folgender. Um zu beweisen, daß kein Bedürfniß zu einer von dem Miterben zu leistenden Kaution vorliege, indem der Adjudikatar schon dem Verpfänder gegenüber wegen der dem Miterben bezahlten Summe hinreichend gedeckt sei, behandelt Paulus zwei mögliche Fälle, die beide darin überstimmen, daß der Verpfänder zwar wohl bereit ist, die ursprüngliche Forderung des Adjudikatar zu befriedigen, sich aber weigert, ihm das zu ersetzen, was derselbe an den Miterben ausbezahlt hat. Unter dieser Voraussetzung kann es nämlich

erstlich vorkommen, daß der Verpfänder deßungeachtet die ganze verpfändete Sache dem Adjudikatar abfordert. Dieser Fall hat nicht die mindeste Schwierigkeit; der Verpfänder wird nämlich mit diesem Ansinnen unbedenklich durch die exceptio doli zurückgewiesen, und er muß unzweifelhaft, wenn er die ganze Sache wieder haben will, nicht blos die ursprüngliche Forderung des Adjudikatar befriedigen, sondern ihm auch dessen Auslage an den Miterben vergüten. Paulus bringt diesen Fall, ähnlich wie Ulpian in l. 7. §. 12. comm. divid., sehr passend mit dem andren in Parallele, wenn der dritte Besitzer einer verpfändeten Sache die actio hypothecaria eines Pfandgläubigers durch Leistung der litis aestimatio abgewendet hat; wie diesem unzweifelhaft gegen den vindizirenden Eigenthümer die Retentions-Einrede wegen dieser gemachten Zahlung zustehe, eben so müsse dieselbe auch in unsrem Falle dem Adjudikatar eingeräumt werden. — Es kann aber auch

zweitens vorkommen, daß der Verpfänder, nachdem er die ursprüngliche Forderung des Adjudikatar befriedigt hat, gar nicht die ganze Sache wieder haben will, sondern, um dem Ersatz der an den Miterben gemachten Zahlung auszuweichen, nur die Hälfte der verpfändeten Sache mit der actio pignoraticia directa zurückfordert. Aber auch dieses, sagt Paulus — in voller Uebereinstimmung mit Ulpian in l. 7. §. 13. comm. divid. —, braucht sich der Adjudikatar nicht gefallen zu lassen, sondern er kann verlangen, daß der Ver-

pfänder die ganze Sache zurücknehme, und ihm seine an den Miterben gemachte Auslage ersetze. Freilich könnte man hiergegen einwenden, daß ja doch der Gläubiger, welcher einen Theil des Pfandes durch Kauf an sich bringe, sich anerkannter Weise gefallen lassen müsse, daß der Schuldner blos den ursprünglichen Theil, und nicht auch den angekauften, auslöse, und dem Kaufe sei doch die Adjudikation sehr ähnlich. Aber diesen Einwand verwirft Paulus, weil zwischen Kauf und Adjudikation der gerade hier einschlagende große Unterschied Statt finde, daß der erstre eine Sache des freien Willens, die Adjudikation aber eine Sache der Nothwendigkeit sei. Vielmehr könne der Adjudikatar jedenfalls auf der Auslösung der ganzen Sache bestehen, denn, wenn er in Folge der adjudicatio den Miterben befriedigt habe, so habe er dies doch eigentlich im Interesse des Schuldners, und gleichsam als dessen Stellvertreter gethan, und überdies sei es ja auch Regel, daß der Pfandgläubiger sogar mit einer Klage den Ersatz seiner nothwendigen Auslagen verlangen könne. Nur in einem Falle — so bemerkt Paulus in dem kurzen Zwischensatze: nisi si objiciatur creditori, quod animose licitus est — nur in einem Falle also, könne der Adjudikatar nicht auf der Auslösung der ganzen Sache bestehen, wenn er nämlich durch übermäßig hitziges Bieten sich zu dem Zuschlag zugedrängt habe, denn hier passe allerdings die Analogie der emtio voluntaria. —

Ich glaube in dem Bisherigen treu den Gedankengang des Paulus wieder gegeben zu haben, und ich halte mich überzeugt, daß nur nach dieser Auffassung die einzelnen Theile dieser schwierigen Stelle in einem wahrhaft befriedigenden innern Zusammenhang stehen.

4) Von den Gegenständen des Pfandrechts.

Im Allgemeinen. §. 366.

Dig. XX. 3. quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt; Cod. VIII. 17. quae res pignori obligari possunt.

Gai. l. 9. §. 1. de pignorib.: Quod emtionem venditionem recipit, etiam pignorationem recipere potest.

Insbesondere:

a) Vom Pfandrecht an dinglichen Rechten. §. 367.

1) *Marcian.* l. 11. §. 2. 3. de pignor.: Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet? Et scribit Pompon. libr. XI. Resp., tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, *non esse ei jus uti*

frui invito se, tali exceptione eum Praetor tuebitur, *si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit*; nam et quum emtorem ususfructus tuetur Praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori objicietur exceptio. §. 3. Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.

2) *Paul.* l. 12. eod.: Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut, si talis pactio fiat, quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur — scilicet si vicinum fundum habeat —, et si intra certum diem pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat, quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Anm. Ueber die Verpfändung von jura in re vgl. Gesterding, Pfandr. 2. Aufl. S. 67 fgg., Hepp im civ. Arch. XIII. S. 343 fgg. und XV. S. 79 fgg., Büchel, civilrechtl. Erörtr. Bd. I. Nr. 3. (2. Aufl. Marb. 1847. S. 281 fgg.), Sintenis, Pfandr. §. 21, prakt. Civilr. I. §. 70, Pfordten im civ. Arch. XXII. S. 24 fgg., Zach. von Lingenthal, über den Unterschied zwischen serv. rust. und urb. Heidelberg 1844. Kapitel 2. S. 31 fgg., Rudorff in Richter's krit. Jahrb. 1844. S. 322 fgg., Lang im civil. Archiv. XXIX. S. 307 fgg., Schmid in der Gieß. Zeitschr. N. F. V. S. 324 fgg., Elvers, Servit. S. 321 fgg., Dernburg I. S. 484 fgg., Cohnfeldt, die s. g. irregulären Servituten. Leipzig 1862. S. 87 fgg. — Hier ist nun besonders die Verpfändung der Servituten zu betrachten, wobei ein doppelter Gesichtspunkt aufgefaßt werden kann, indem nämlich entweder an eine Verpfändung von Seiten des Inhabers einer schon konstituirten Servitut gedacht wird, oder an die pfandweise Einräumung einer Servitut von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache. Was hier nun

I. das Erstere anbelangt, so ist natürlich die selbstständige Verpfändung von Realservituten ganz unmöglich, und wenn doch manche Aeltere, vgl. z. B. die bei Glück XIX. S. 207 Angeff., und unter den Neueren z. B. Rudorff a. a. O. S. 324 fgg. für servitutes rusticae wegen L. 2. das Gegentheil behaupten, so ist dabei übersehen worden, daß Prädialservituten sich auch nicht einmal der Ausübung nach von dem herrschenden Grundstücke trennen lassen, und L. 2. offenbar nur von dem Falle verstanden werden kann, wenn der Eigenthümer an seinem Grundstück eine Servitut pfandweise konstituiren will; vgl. auch Glück a. a. O., Büchel a. a. O. S. 385 fgg., Lang a. a. O. S. 309. 313. 344. — Was die Personal-Servituten anbelangt, so ist es unzweifelhaft, daß der Usus nicht verpfändet werden kann, indem derselbe eben so, wie Prädialservituten, sogar der Ausübung nach unübertragbar ist, daß dagegen der Ususfruktus unbedenklich von dem Usufruktuar verpfändet werden darf, L. 1, vgl. l. 15. pr. de pignor. Nur versteht es sich von selbst, daß

nicht das Recht selbst, wie Elvers a. a. O. S. 236 fgg. irrthümlich annimmt, sondern nur die Ausübung des Rechts Gegenstand der Verpfändung und folgeweise auch Gegenstand der **distractio** ist, und da hiernach das Nießbrauchsrecht selbst noch immer bei dem Verpfänder bleibt, so muß mit dessen Tode nothwendig das Pfandrecht des Gläubigers, und beziehungsweise das durch die **distractio** begründete Recht des Käufers vollständig erlöschen, vgl. **l. 8. pr. quib. mod. pign. (20, 6)**. Was von dem Ususfruktus gilt, muß doch wohl auch von der Habitatio angenommen werden, und wenn Sintenis, Pfandrecht S. 132 fgg. dagegen einwendet, daß doch Justinian in **l. 13. C. de usufr. (3, 33)** und **§. 5. de usu et habit. (2, 5)** dem Habitator nur die Befugniß zur Lokation eingeräumt habe, s. auch Dernburg S. 488, so darf doch dieser Ausdruck gewiß nicht buchstäblich aufgefaßt, sondern es soll damit im Sinne Justinian's jede onerose Uebertragung, im Gegensatz zur Donatio, angedeutet werden, vgl. auch Büchel a. a. O. S. 386. Not. 3, S. 429 fgg., Lang a. a. O. S. 313 fgg.

II. Was das Zweite betrifft, wenn nämlich eine Servitut von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache pfandweise eingeräumt werden soll, so müssen hier die einzelnen Arten der Servituten einzeln betrachtet werden.

1) Daß die ***servitutes praediorum rusticorum*** in dieser Weise verpfändet werden können, ist ausdrücklich von Paulus in T. 2. ausgesprochen. Dabei ging man aber vor noch nicht sehr langer Zeit ganz allgemein von der Ansicht aus, es werde dadurch der Pfandgläubiger selbst Servituten-Inhaber und man stritt nur darüber, ob die Servitut im Augenblick der Verpfändung, was Gesterding cit. S. 70. 71. will, oder schon vorher konstituirt werde, wie Hepp cit. S. 83. 84. annimmt. Offenbar führt jedoch die ganze Annahme zu den allergrößten Anomalien, denn nicht nur, daß dem Pfandgläubiger dann seine eigne Sache verpfändet wäre, sondern es müßte auch überdies für den Fall der **distractio** eine Ausnahme von dem allgemeinen Prinzip angenommen werden, wornach Realservituten mit dem **praedium dominans** unzertrennlich verbunden sind. Freilich will der neueste Vertheidiger jener Ansicht, Dernburg S. 495 fg. dieser letztren Anomalie durch die Behauptung ausweichen, daß durch Ausübung des Distraktionsrechts nicht die dem Gläubiger konstituirte Servitut auf den Käufer übergehe, sondern diese vielmehr erlösche und eine formell ganz neue für den Käufer entstehe; aber dadurch würde die nicht minder große Singularität herbeigeführt, daß das, was verpfändet ist, nicht verkauft werden dürfte, während etwas, was nicht verpfändet wäre, zum Verkauf gebracht werden soll. Jeden Falls muß man, um klar zu sehen, die ganze Voraussetzung schwinden lassen, daß der Pfandgläubiger Inhaber der Servitut werde. Er wird dies eben so wenig, wie bei der Verpfändung einer körperlichen Sache das Eigenthum auf ihn übergeht; ja es ist hier zunächst noch gar keine von dem Eigenthum getrennte Servitut vorhanden, sondern dieselbe wird erst dem Rechte nach konstituirt durch die Veräußerung von Seiten des Pfandgläubigers, so daß also der Käufer der erste Servituten-Inhaber ist. Zunächst nämlich wird blos faktisch die künftige Servitut von dem Eigenthum ausgeschieden, und der Pfandgläubiger erhält im Falle eines **pignus** die **quasi-possesssio** der künftigen Servitut, während er im Falle einer blosen **hypotheca** sich wenigstens später vermittelst der **actio hypo-**

thecaria in diese quasi-possessio einsetzen lassen kann. Sein Recht besteht nur, außer dieser possessio, darin, daß er im Falle der Nichtbefriedigung den intellektuellen Theil des Eigenthums, der ihm verpfändet ist, veräußern, d. h. eben die Servitut konstituiren darf. Daß bei dieser Annahme alle und jede Anomalie hinwegfällt, leuchtet von selbst ein, und man darf um so weniger anstehen, ihr zu folgen, da auch das Gesetz selbst darauf hindeutet, denn in L. 2. heißt es, der Pfandgläubiger solle in der Zeit bis zum Verkauf, iis servitutibus *uti* und es ist ihm also nicht das jus, sondern nur die possessio servitutis eingeräumt. Das Einzige, was man allenfalls dagegen einwenden könnte, wäre, daß hier die possessio einer noch gar nicht vorhandenen Servitut angenommen werden müßte; aber dieser Einwand verschwindet von selbst, wenn man nur bedenkt, daß, wenn auch nicht die Servitut als selbstständiges Recht, doch ihr materieller Inhalt allerdings schon vorhanden ist, und daß ganz dasselbe bei jeder bonae fidei possessio einer Servitut, und bei der prekären Einräumung einer solchen vorkommt, cf. l. 2. §. 3, l. 3, l. 15. §. 2. de precario (43, 26). Uebrigens ist die Klage, deren sich der Pfandgläubiger zur Geltendmachung seines Rechts bedient, nicht eine actio confessoria, wie die Meisten wollen — denn aus einer noch gar nicht vorhandenen Servitut kann doch unmöglich eine konfessorische Klage entstehen —, und noch viel weniger eine actio *negatoria*, wie Elvers S. 339 fg. wunderbarer Weise zu konstruiren versucht, sondern eben nur die actio hypothecaria, deren formula (vgl. unten §. 389. Anm. 1) in leichtester Weise auf unsren Fall angepaßt werden konnte. Jenen anderweiten Behauptungen liegt der ganz unberechtigte Gedanke zu Grunde, als wenn die actio hypothecaria gleichsam eine actio adjecticiae qualitatis wäre; aber eben so wenig, wie bei einer Sachverpfändung der Gläubiger eine rei vindicatio [hypothecaria] anstellt, eben so wenig ist bei einer Servituten-Verpfändung von einer servitutis vindicatio [hypothecaria] die Rede, sondern in beiden Fällen gleichmäßig bedient sich der Gläubiger der pignoris vindicatio. — Diese besonders von Büchel in der angef. Abh. vertheidigte Meinung ist denn auch h. z. T. von den bei Weitem Meisten angenommen, und nur Dernburg a. a. O. ist, mit der schon oben angedeuteten Modifikation, wieder auf die frühere Ansicht zurückgekommen, und auch Rudorff a. a. O. S. 325. ist insofern andrer Ansicht, daß er auch nicht einmal in der Person des Käufers wahres Servitutenrecht, sondern nur einen usus servitutis, eine quasi-possessio entstehen lassen will (vgl. auch Cohnfeldt cit. S. 93 fg.), aber gewiß mit Unrecht, denn eben so, wie im Falle der Verpfändung einer körperlichen Sache der Gläubiger nicht blos die possessio, sondern das Eigenthum an den Käufer überträgt, muß auch im Falle der Servituten-Verpfändung nicht blos die quasi-possessio, sondern die Servitut selbst auf den Käufer übergehen, und in L. 2. wird ja auch dem Gläubiger ausdrücklich gestattet, „*eas* (scil. *servitutes)* vendere", vgl. auch Lang a. a. O. S. 342 fgg., Arndts, Lehrb. §. 367. Anm. 2. lit. c. — Wir sind bisher von der Voraussetzung ausgegangen, daß der Eigenthümer eines Grundstücks jede beliebige Rustikal-Servitut pfandweise einräumen, und daß diese Einräumung eben sowohl in der Gestalt der Hypothek, wie in der Gestalt des Faustpfandes geschehen könne. Beides ist jetzt von Zachariä v. Lingenthal und Schmid a. d. aa. OO. in

Abrede gestellt worden, indem nach ihrer Ansicht nur an vier einzelnen Servituten, nämlich der serv. *viae, itineris, actus* und *aquaeductus*, ein Pfandrecht bestellt werden, und dieses immer nur in der Gestalt des Faustpfandes vorkommen könne. Ich kann keiner dieser beiden Behauptungen beistimmen. Die erstere, welcher auch Elvers S. 342 fg. und Dernburg S. 496 beistimmen, gründet sich auf die Ausdrucksweise der l. 12. de pignor. (T. 2). Bedenkt man aber, daß die Römer sehr häufig jene vier ältesten und häufigsten Servituten repräsentativ Statt der servitutes rusticae überhaupt nennen, und daß dies auch gerade in unsrem Falle um so wahrscheinlicher, wenigstens im Sinne Justinian's ist, weil sonst gar kein scharfer Gegensatz mit den in l. 11. §. ult. eod. behandelten servitutes *urbanae* vorhanden sein würde, während doch die Kompilatoren offenbar einen solchen beabsichtigten; und erwägt man außerdem, daß für jene angebliche Beschränkung auf die vier einzelnen Fälle sich schlechthin kein genügender innerer Grund auffinden lassen dürfte — denn der Begründungs-Versuch Zachariä's S. 53 fgg. genügt sicherlich dem scharfsinnigen Verfasser selbst nicht und die Deduktion von Schmid a. a. O. S. 356 fgg., daß eben nur bei diesen vier, aber nicht auch bei den übrigen servitutes rusticae possessorische Interdikte vorkämen, hat nur Bedeutung für das ältere Recht vor Einführung der Hypothek —: so muß man sich wohl unbedenklich gegen diese neue Lehre erklären, und bei der herrschenden Lehre stehen bleiben, daß alle servitutes rusticae Gegenstand der Verpfändung sein können. Eben so muß aber auch die zweite Behauptung Zachariä's und Schmid's, daß an diesen Servituten blos ein Faustpfand, und nicht auch eine Hypothek möglich sei, m. E. zurück gewiesen werden. Da nämlich in einem jeden Faustpfande auch eine Hypothek begriffen ist, und dieselbe nur noch ein Mehr enthält, so ist der Schluß, daß, was zum Faustpfand gegeben werden kann, um so mehr auch Gegenstand der Hypothek sein kann, gewiß gerechtfertigt, und diese Argumentation wird uns denn auch noch überdies durch l. 11. §. 3. de pignor. sehr nahe gelegt. Zwar beruft sich Zachariä S. 34. für seine Ansicht besonders darauf, daß die einzelnen in dem Eigenthume liegenden Befugnisse vor ihrer, wenigstens faktischen Absonderung von dem Eigenthumsrechte, gar keine selbstständige Existenz hätten, und eben darum auch nicht eher Gegenstand des Pfandrechts sein könnten, bis sie äußerlich von dem Eigenthume ausgeschieden, und dem Gläubiger zur Ausübung überlassen wären, und ähnlich ist die Argumentation von Schmid a. a. O.: aber es liegt weder in der Natur der Sache, noch wird es durch irgend ein Gesetz ausgesprochen, daß der Gegenstand des Pfandrechts schon im Augenblicke der Verpfändung eine äußerlich abgegrenzte Existenz haben müsse, und wenn sogar eigentlich künftige Sachen, die überhaupt erst später zur Existenz kommen, wirksam verpfändet werden können, l. 15. pr. de pignor., so muß dies wohl um so mehr bei solchen Gegenständen der Fall sein, die schon gleich jetzt in vollem Umfange wirklich, wenn auch noch nicht selbstständig, existiren. Läßt sich nun hiernach die Möglichkeit auch einer Hypothek an einer servitus rustica nicht füglich bestreiten, so kann man auch schwerlich der sehr verbreiteten Meinung beistimmen, daß der Gläubiger, dem eine solche Servitut verpfändet werden soll, immer ein *praedium vicinum* haben müsse, vgl. z. B. noch Büchel a. a. O. S. 427 fgg.,

thecaria in diese quasi-possessio einsetzen lassen kann. Sein Recht besteht nur, außer dieser possessio, darin, daß er im Falle der Nichtbefriedigung den intellektuellen Theil des Eigenthums, der ihm verpfändet ist, veräußern, d. h. eben die Servitut konstituiren darf. Daß bei dieser Annahme alle und jede Anomalie hinwegfällt, leuchtet von selbst ein, und man darf um so weniger anstehen, ihr zu folgen, da auch das Gesetz selbst darauf hindeutet, denn in T. 2. heißt es, der Pfandgläubiger solle in der Zeit bis zum Verkauf, iis servitutibus *uti* und es ist ihm also nicht das jus, sondern nur die possessio servitutis eingeräumt. Das Einzige, was man allenfalls dagegen einwenden könnte, wäre, daß hier die possessio einer noch gar nicht vorhandenen Servitut angenommen werden müßte; aber dieser Einwand verschwindet von selbst, wenn man nur bedenkt, daß, wenn auch nicht die Servitut als selbstständiges Recht, doch ihr materieller Inhalt allerdings schon vorhanden ist, und daß ganz dasselbe bei jeder bonae fidei possessio einer Servitut, und bei der prekären Einräumung einer solchen vorkommt, cf. l. 2. §. 3, l. 3, l. 15. §. 2. de precario (43, 26). Uebrigens ist die Klage, deren sich der Pfandgläubiger zur Geltendmachung seines Rechts bedient, nicht eine actio confessoria, wie die Meisten wollen — denn aus einer noch gar nicht vorhandenen Servitut kann doch unmöglich eine konfessorische Klage entstehen —, und noch viel weniger eine actio *negatoria,* wie Elvers S. 339 fg. wunderbarer Weise zu konstruiren versucht, sondern eben nur die actio hypothecaria, deren formula (vgl. unten §. 389. Anm. 1) in leichtester Weise auf unsren Fall angepaßt werden konnte. Jenen anderweiten Behauptungen liegt der ganz unberechtigte Gedanke zu Grunde, als wenn die actio hypothecaria gleichsam eine actio adjecticiae qualitatis wäre; aber eben so wenig, wie bei einer Sachverpfändung der Gläubiger eine rei vindicatio [hypothecaria] anstellt, eben so wenig ist bei einer Servituten-Verpfändung von einer servitutis vindicatio [hypothecaria] die Rede, sondern in beiden Fällen gleichmäßig bedient sich der Gläubiger der pignoris vindicatio. — Diese besonders von Büchel in der angef. Abh. vertheidigte Meinung ist denn auch h. z. T. von den bei Weitem Meisten angenommen, und nur Dernburg a. a. O. ist, mit der schon oben angedeuteten Modifikation, wieder auf die frühere Ansicht zurückgekommen, und auch Rudorff a. a. O. S. 325. ist insofern andrer Ansicht, daß er auch nicht einmal in der Person des Käufers wahres Servitutenrecht, sondern nur einen usus servitutis, eine quasi-possessio entstehen lassen will (vgl. auch Cohnfeldt cit. S. 93 fg.), aber gewiß mit Unrecht, denn eben so, wie im Falle der Verpfändung einer körperlichen Sache der Gläubiger nicht blos die possessio, sondern das Eigenthum an den Käufer überträgt, muß auch im Falle der Servituten-Verpfändung nicht blos die quasi-possessio, sondern die Servitut selbst auf den Käufer übergehen, und in T. 2. wird ja auch dem Gläubiger ausdrücklich gestattet, „*eas* (scil. *servitutes)* vendere“, vgl. auch Lang a. a. O. S. 342 fgg., Arndts, Lehrb. §. 367. Anm. 2. lit. c. — Wir sind bisher von der Voraussetzung ausgegangen, daß der Eigenthümer eines Grundstücks jede beliebige Rustikal-Servitut pfandweise einräumen, und daß diese Einräumung eben sowohl in der Gestalt der Hypothek, wie in der Gestalt des Faustpfandes geschehen könne. Beides ist jetzt von Zachariä v. Lingenthal und Schmid a. d. aa. OO. in

Abrede gestellt worden, indem nach ihrer Ansicht nur an vier einzelnen Servituten, nämlich der serv. *viae, itineris, actus* und *aquaeductus*, ein Pfandrecht bestellt werden, und dieses immer nur in der Gestalt des Faustpfandes vorkommen könne. Ich kann keiner dieser beiden Behauptungen beistimmen. Die erstere, welcher auch Elvers S. 342 fg. und Dernburg S. 496 beistimmen, gründet sich auf die Ausdrucksweise der l. 12. de pignor. (T. 2). Bedenkt man aber, daß die Römer sehr häufig jene vier ältesten und häufigsten Servituten repräsentativ Statt der servitutes rusticae überhaupt nennen, und daß dies auch gerade in unsrem Falle um so wahrscheinlicher, wenigstens im Sinne Justinian's ist, weil sonst gar kein scharfer Gegensatz mit den in l. 11. §. ult. eod. behandelten servitutes *urbanae* vorhanden sein würde, während doch die Kompilatoren offenbar einen solchen beabsichtigten; und erwägt man außerdem, daß für jene angebliche Beschränkung auf die vier einzelnen Fälle sich schlechthin kein genügender innerer Grund auffinden lassen dürfte — denn der Begründungs-Versuch Zachariä's S. 53 fgg. genügt sicherlich dem scharfsinnigen Verfasser selbst nicht und die Deduktion von Schmid a. a. O. S. 356 fgg., daß eben nur bei diesen vier, aber nicht auch bei den übrigen servitutes rusticae possessorische Interdikte vorkämen, hat nur Bedeutung für das ältere Recht vor Einführung der Hypothek —: so muß man sich wohl unbedenklich gegen diese neue Lehre erklären, und bei der herrschenden Lehre stehen bleiben, daß alle servitutes rusticae Gegenstand der Verpfändung sein können. Eben so muß aber auch die zweite Behauptung Zachariä's und Schmid's, daß an diesen Servituten blos ein Faustpfand, und nicht auch eine Hypothek möglich sei, m. E. zurück gewiesen werden. Da nämlich in einem jeden Faustpfande auch eine Hypothek begriffen ist, und dieselbe nur noch ein Mehr enthält, so ist der Schluß, daß, was zum Faustpfand gegeben werden kann, um so mehr auch Gegenstand der Hypothek sein kann, gewiß gerechtfertigt, und diese Argumentation wird uns denn auch noch überdies durch l. 11. §. 3. de pignor. sehr nahe gelegt. Zwar beruft sich Zachariä S. 34. für seine Ansicht besonders darauf, daß die einzelnen in dem Eigenthume liegenden Befugnisse vor ihrer, wenigstens faktischen Absonderung von dem Eigenthumsrechte, gar keine selbstständige Existenz hätten, und eben darum auch nicht eher Gegenstand des Pfandrechts sein könnten, bis sie äußerlich von dem Eigenthume ausgeschieden, und dem Gläubiger zur Ausübung überlassen wären, und ähnlich ist die Argumentation von Schmid a. a. O.: aber es liegt weder in der Natur der Sache, noch wird es durch irgend ein Gesetz ausgesprochen, daß der Gegenstand des Pfandrechts schon im Augenblicke der Verpfändung eine äußerlich abgegrenzte Existenz haben müsse, und wenn sogar eigentlich künftige Sachen, die überhaupt erst später zur Existenz kommen, wirksam verpfändet werden können, l. 15. pr. de pignor., so muß dies wohl um so mehr bei solchen Gegenständen der Fall sein, die schon gleich jetzt in vollem Umfange wirklich, wenn auch noch nicht selbstständig, existiren. Läßt sich nun hiernach die Möglichkeit auch einer Hypothek an einer servitus rustica nicht füglich bestreiten, so kann man auch schwerlich der sehr verbreiteten Meinung beistimmen, daß der Gläubiger, dem eine solche Servitut verpfändet werden soll, immer ein *praedium vicinum* haben müsse, vgl. z. B. noch Büchel a. a. O. S. 427 fgg.,

1) L. 7. C. de heredit. vel act. vend. (4, 39), *Dioclet.* et *Maximian.* Manassae): Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur, ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emtori, sicut responsum est, vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.

2) *Paul.* l. 18. pr. de pignor. act. (13, 7): Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis; si vero corporis alicujus, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

3) *Papinian.* l. 40. §. 2. eod.: Soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet, nec quidquam amplius praestare cogitur. Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur.

4) *Marcian.* l. 13. §. 2. de pignorib. (20, 1): Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque permitur. Sed potest dubitari, numquid creditori numorum solutorum nomine utilis actio danda sit, an non; quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pompon. libro VII. ad Edict. scribit, si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Anm. 1. Ueber das pignus nominis vgl. Gesterding, über die Schuldverbindlichkeit als Objekt des Pfandrechts. Greifsw. 1812. und im Pfandrecht 2. Aufl. S. 76 fgg., *Bohn*, de nominis pignore. Gött. 1818, *Gaupp*, de nom. pign. Berol. 1820, *Huschke*, de pign. nom. Gött. 1820, Pfeiffer, prakt. Ausführ. Bd. I. Nr. 1, Bd. VII. Nr. 1, Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. Güstrow 1834. S. 75 fgg., Sintenis, pfandrechtliche Streitfragen. Abh. 1. und Handb. §. 22, Mühlenbruch, Zession 3te Auflage S. 519 fgg., *Buchka*, de pignor. nom. Rost. 1843, Schwarze in der Sächs. Zeitschr. für Rechtspflege. N. F. V. S. 37 fgg., Berlin, über die Verpfändung von Forderungen. Jena 1856, Dernburg I. S. 461 fgg., Schmid, die Grundlehren der Zession. Bd. I. Braunschw. 1863. S. 114 fgg. — Es kommt hierbei hauptsächlich auf folgende Punkte an:

1) Daß dem Pfandgläubiger nicht nur das Verkaufsrecht der verpfändeten Forderung zusteht — (wie Gesterding, Pfandr. S. 77. dem Kreditor diese Befugniß absprechen kann, ist der Natur der Sache und klaren Gesetzes-Worten nach, s. Text 1. und l. 15. §. 10. de re judic. (42, 1), fast unbegreiflich) —, sondern daß er auch ein jus exigendi, und zu diesem Zweck eine actio utilis hat, ist unbestritten. Sehr streitig aber ist es, ob diese actio utilis eine hypothecaria oder eine actio in personam ist; denn während die herrschende Lehre das Letztere annimmt, hat in neuerer Zeit besonders Trotsche cit. nach dem Vorgang mancher ältern Juristen das Erstre behauptet; aber mit Unrecht, denn auf Realisirung eines Forderungsrechts kann unmöglich eine andre, als eine persönliche Klage zustehen, und soll eine von dem eigentlichen Kreditor verschiedene dritte Person die Forderung einklagen, so kann dies nur ex mandato actionum, oder was diesem rechtlich gleichsteht, geschehen. Damit soll aber freilich nicht gesagt sein, daß die Verpfändung eines nomen ganz wie eine eventuelle oder bedingte Zession und der Pfandgläubiger wie ein Zessionar zu behandeln sei, sondern man muß hier nothwendig, soweit es nur immer die Eigenthümlichkeit des Objekts zuläßt, die Grundsätze des Pfandrechts eingreifen lassen, und demnach muß gewiß das Recht des Pfandgläubigers von selbst erlöschen, wenn der Verpfänder seine Schuld, wenn auch erst nach der festgesetzten Zeit bezahlt hat, ohne daß es einer Rückzession bedürfte, und eben so müssen sich wohl gewiß mehrere Pfandgläubiger nach den Grundsätzen des Pfandrechts, also namentlich so rangiren, daß das Privilegium dem Alter vorgeht, während wenn man in der Verpfändung eines nomen eine gewöhnliche bedingte Zession erblicken wollte, nothwendig das Alter entscheiden müßte, quia nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet. Daß die Grundsätze der Zession nur mit großen Beschränkungen zur Anwendung kommen können, erkennt auch Mühlenbruch a. a. O. an, obwohl namentlich seine Grundsätze über die Rangordnung mehrerer Gläubiger S. 529. nicht gebilligt werden können; vgl. auch jetzt bes. Schmid a. a. O.

2) Wenn der Pfandgläubiger von seinem jus exigendi Gebrauch gemacht hat, so ist soviel gewiß, daß, wenn der Gegenstand seiner Forderung mit dem Gegenstand des eingetriebenen nomen kompensabel ist, wenn also beide res fungibiles ejusdem qualitatis sind, der Pfandgläubiger sich auf dem Wege der Kompensation befriedigen kann, Text 2. und 4. a. E. Ist aber die eingetriebene Sache nicht kompensabel, so erhält nach der herrschenden Lehre, welche auch wieder von Sintenis, Streitfragen S. 26 fgg. und Handb. S. 156 fgg. vertheidigt wird, der Kreditor ein gewöhnliches Pfandrecht an der körperlichen Sache, während Trotsche cit. S. 114 fgg. ein bloßes Retentionsrecht statuiren will, und ihm stimmt jetzt auch Mühlenbruch 3te Aufl. S. 346. 47. bei, weil die Ausdrücke *pignoris loco* in Text 2. und 4. dem Sprachgebrauch der Quellen nach nur auf Retentionsrecht bezüglich seien. Aber mit Recht bemerkt dagegen Sintenis zit., daß in den für einen solchen Sprachgebrauch angeführten Stellen (l. 14. §. 1, l. 15. §. 2. de furt. (47, 2), l. 13. §. 8. de act. emti (19, 1). l. 31. §. 8. de aed. ed. (21, 1), l. 11. §. 1. de pignorib.) die besondere Beziehung auf Retentionsrecht stets durch eigene Beisätze hervorgebracht werde, und

daß also gewiß, wo dgl. fehlen, jene Worte auf wahres Pfandrecht bezogen werden müssen Daß dies auch wirklich in Text 2. und 4. der Fall sei, geht noch mit Sicherheit aus einer richtigen Interpretation namentlich der l. 13. cit. hervor (s. Anm. 2), und dafür spricht auch Schol. ad Basil. XXV. 1. 18. (bei Fabr. IV. p. 29. sch. c. bei Heimb. III. p. 61. sch. 1.): pignoris *jure*, s. auch Schmid S. 119 fgg. Uebrigens versteht es sich auch in den Fällen der letzteren Art von selbst, mag man nun ein bloßes Retentions- oder ein Pfandrecht annehmen, daß der Pfandgläubiger niemals statt der wirklichen Eintreibung der Forderung auch eine Novation vornehmen oder einen Nachlaß-Vertrag abschließen kann, wodurch sich derselbe ebenfalls wieder sehr bestimmt von einem gewöhnlichen Zessionar unterscheidet.

Anm. 2. Ueber das *subpignus* vgl. man außer den in der vorigen Anm. genannten Schriftstellern auch noch die in der Anm. zum vorigen §en angeführten Hepp und Büchel, und außerdem Sintenis, Handb. §. 23, Mühlenbruch, Zession 3te Auflage. S. 336 fgg., Huschke in der Gieß. Zeitschr. XX. S. 221 fgg., Dernburg I. S. 475 fgg., Schmid a. a. O. S. 140 fgg. Zunächst ist hier schon sehr bestritten, was man sich als Objekt dieser Verpfändung zu denken habe. Die Mehrzahl unserer heutigen Juristen scheint sich für die Ansicht zu erklären, daß das Pfandrecht selbst weiter verpfändet sei, vgl. z. B. Thibaut, Syst. §. 794, Mackeldey §. 305. not. g., Schweppe, Handb. II. §. 340, Mühlenbruch cit., Gesterding, Pfandr. S. 79, Hepp im Arch. XIII. S. 350 fgg., v. Löhr im Arch. XIV. S. 162 fgg., Hoffmann in Fuhr's und Hoffmann's zivil. Versuchen. Heft I. Darmst. 1835. S. 72 fgg., *Buchka* cit. p. 25 sqq., Puchta, Kursus der Institut. II. §. 250. Not. h., Arndts, Lehrb. §. 367, Dernburg I. S. 476 fgg., Windscheid §. 239. Not. 14, Schmid cit. S. 141 fgg. u. A. m. Andre dagegen behaupten, die verpfändete Sache sei Gegenstand des Afterpfands, vgl. z. B Glück XIV. S. 57 fgg., Büchel cit. S. 99 fgg. (2. Aufl. S. 389 fgg. S. 437 fgg. S. 473 fgg.), Huschke a. a. O., Trotsche cit. S. 3 fgg., Sintenis, Streitfragen S. 32 fgg. und Handb. S. 169 fgg. (welcher jedoch Beides, Verpfändung der Sache und des Pfandrechts annimmt), Brinz, Pand. §. 83. S. 325, und wieder Andere sehen darin sogar nur eine Verpfändung der Forderung, die dem Pfandgläubiger ex contractu pignoraticio oder ex pacto hypothecae gegen den Pfandschuldner zustehe, vgl. Hepp im Arch. XV. S. 87 fgg., der hier seine frühere Meinung zurückgenommen hat. Diese letztre Meinung ist ganz offenbar ganz ungegründet, indem sie auf einem augenscheinlichen Irrthum über das Wesen des contractus pignoraticius beruht. Eben so muß man sich aber auch gegen die erstere Ansicht erklären, indem die Gesetze durchaus blos den Gesichtspunkt auffassen, daß die verpfändete Sache selbst weiter verpfändet werde, vergl. Text 4. (*rem* pignoratam), l. 14. §. 3. de divers. temp. praesc. 44. 3. (eandem rem), l. 1. C. si pign. *(id quod pignori obligatum est)*, l. 2. eod. *(possessionem)*, worüber man sich auch gar nicht wundern kann, da ja dem Kreditor zum Zweck der Befriedigung auch die Veräußerungs-Befugniß zusteht, und die Verpfändung im schlimmsten Fall ein eventueller Verkauf ist. Nur versteht es sich von selbst, daß der Gläubiger die ihm verpfändete Sache

nur im Umfange seines Rechts weiter verpfänden kann, und daraus geht denn hervor, daß die verpfändete Sache dem Afterpfandgläubiger nicht weiter haftet, als die beiden Forderungen, die des Afterverpfänders und des Afterpfandgläubigers sich decken, Text 4, daß der zweite Gläubiger nur dann ein Veräußerungsrecht hat, wenn die beiden Forderungen fällig sind, und daß das ganze subpignus erlöscht, wenn die Forderung des Afterverpfänders getilgt wird, Text 3. 4. — Ausnehmend bestritten ist aber vorzüglich die Frage, ob mit dem subpignus auch zugleich die Forderung selbst als verpfändet angenommen werden kann? Die herrschende Lehre, welche neuerlich wieder besonders von Mühlenbruch 3te Auflage S. 337 fgg., Sintenis, Streitfr. S. 39 fgg., Handb. S. 171 fgg., Dernburg I. S. 477 fgg. und Schmid a. a. O. S. 145 fgg. vertheidigt wurde, bejaht dies, während Hepp a. d. aa. OO., Büchel, Trotsche, Huschke, Brinz citt. und viele Andre sich dagegen erklären. Obwohl nun der allgemeine, aus der accessorischen Natur des Pfandrechts entlehnte Grund, den man für die herrschende Lehre anzuführen pflegt, jedenfalls unzulänglich ist, da nach der obigen Erörterung nicht das Pfandrecht, sondern die verpfändete Sache als weiter verpfändet angenommen werden muß, so muß man sich doch gegen die neue Ansicht erklären, nicht nur aus allgemeinen, von dem Zweck des Pfandrechts hergenommenen Gründen, sondern insbesondere wegen der positiven Bestimmung der l. 13. §. 2. de pignorib. (T. 4). Der wahre Sinn dieses, namentlich in neuester Zeit sehr oft besprochenen (vgl. *Huschke,* de pign. nom. p. 27 sqq., *Gaupp,* de nom. pign. p. 40 sqq., Gesterding, Pfandrecht S. 78 fgg., Hepp, civ. Arch. XIII. S. 335 fgg., XV. S. 86 fgg., v. Löhr im civ. Arch. XV. S. 162 fgg., Trotsche a. a. O. S. 129 fgg., Büchel a. a. O. S. 99 fgg., (2. Aufl. S. 405 fgg.), Mühlenbruch, Cession 3te Aufl. S. 337 fgg., Hoffmann a. a. O., Sintenis, Streitfr. S. 53 fgg. und Handb. S. 176 fgg., *Buchka* citt. p. 27 sqq., Huschke in der Gieß. Zeitschr. XX. S. 227 fgg., Brinz, Pand. §. 83. S. 324, Dernburg I. S. 478 fgg., Windscheid, Lehrb. §. 239 Not. 16, Schmid a. a. O. S. 121 fgg. S. 146), aber regelmäßig mißverstandenen Gesetzes möchte folgender sein: „Da jetzt anerkannter Weise ein Faustpfand wieder einem Andern zum Faustpfand gegeben werden kann, so haftet dasselbe dem zweiten Gläubiger so lange, bis eine der beiden Forderungen getilgt ist, und er hat zu diesem Zweck sowohl eine Einrede, als eine utilis actio [nämlich in personam, die Forderungsklage gegen den ersten Verpfänder]. Hat der Eigenthümer gezahlt, so erlöscht damit das ganze Pfandrecht. Aber es kann die Frage aufgeworfen werden, ob dem [ersten] Gläubiger gegen den zweiten wegen des von diesem eingetriebenen Geldes eine utilis actio [pignoraticia directa in personam] zustehe, oder nicht?. denn, wie verhält es sich, wenn eine res non fungibilis von dem zweiten Kreditor eingetrieben wurde? Jedenfalls muß man hier der Entscheidung des Pomponius beitreten: wenn nämlich der, dessen Forderung zum Pfand gegeben wurde, Geld schuldet und dieses an den zweiten Gläubiger zahlt, so kompensirt dieser [und es hat also der erste Kreditor keine actio pignoraticia directa]; schuldete aber der erste Verpfänder ein corpus, so hat der zweite Gläubiger nach der Eintreibung daran nur ein Pfandrecht [und es steht also in einem solchen Falle allerdings dem

ersten Gläubiger eine **utilis actio pignoraticia directa** zu]". So aufgefaßt stehen alle Theile dieser Stelle in dem innigsten Zusammenhang, was nach keiner der andern Erklärungen der Fall ist, und es gehen dann daraus namentlich die beiden wichtigen Sätze mit Sicherheit hervor, daß nämlich in der After-Verpfändung zugleich ein **pignus nominis** enthalten sei, und daß bei dem letztren der Pfandgläubiger an dem eingetriebenen **corpus** ein wahres Pfand- und nicht ein bloßes Retentionsrecht habe (siehe Anm. 1. geg. E.). Am meisten nähert sich der hier vertheidigten Interpretation die, von Sintenis cit. S. 59. 60. ganz mißverstandene Erklärung von Trotsche cit. S. 129 fgg., obwohl derselbe gerade in den zwei eben hervorgehobenen Punkten anderer Meinung ist.

c) Von dem Pfandrecht am ganzen Vermögen, und an einer *universitas rerum*. §. 369.

1) L. 11. C. de remiss. pignor. (8, 26) (*Justinian.* Joanni P. P.): Solita providentia utimur etiam de pignoribus vel hypothecis rerum, quae quibusdam creditoribus suppositae, postea a debitoribus venduntur, vel alio modo transferuntur, creditore suum consensum contractui praebente, et quodam legitimo postea modo res ad priorem dominum revertuntur. In hoc etenim casu diversae sententiae a legum prudentibus habitae sunt, quibusdam dicentibus, jus pignoris creditori renovari, propter verbum *futurarum rerum*, quod in generalibus hypothecis poni solitum est, aliis, penitus exstingui. ***Nobis autem visum est, eum, qui semel consensit alienationi hypothecae, et hoc modo suum jus respuit, indignum esse eandem rem, utpote ab initio ei suppositam vindicare, vel tenentem inquietare.***

2) *Ulp.* l. 7. §. 1. qui potior. in pignore (20, 4): Si tibi, quae habiturus sum obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus acquisiero, putat Marcellus, ***concurrere utrumque creditorem et in pignore.*** Non enim multum facit, quod de suo numos debitor dederit, quippe quum res ex numis pignoratis emta non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat.

3) *Scaevola* l. 34. §. 2. de pignorib. (20, 1): Creditor pignori accepit a debitore, quidquid in bonis haberet habiturusve esset; quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, quum in bonis ejus facta sint, obligata creditori pignori esse coeperint? Respondit coepisse.

4) *Idem* l. 21. pr. qui potior. in pign.: Titius Sejae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Sejae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit. Quaesitum est, an Seja praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda.

5) *Marcian.* l. 13. pr. de pignorib.: Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur, sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur.

6) *Scaevola* l. 34. pr. eod.: Quum tabernam debitor creditori pignori dederit, quasitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur, et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, quum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae? Respondit: ea quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

Anm. 1. Ueber den wenig fruchtbaren terminologischen Streit in Betreff des pignus generale vgl. man *Merz*, praes. *Schrader*, de vera indole divisionis hypothec. in general. et spec. Tüb. 1818. und dagegen insbesondre *Caplik*, vindiciae secund. omn. fere ICtorum de general. specialisque hypothec. discrim. sentent., quam pr. Schradero Merz falsam esse arguit, Gött. 1820, vgl. auch Roßhirt in seiner Zeitschr. I. 1. bes. S. 20 fgg. und Sintenis, Handb. S. 481 fgg. Nach dem h. z. T. ganz allgemein, aber gewiß auch schon bei den Römern und namentlich in Justinian's Konstitutionen herrschenden Sprachgebrauch ist ein pignus generale dann vorhanden, wenn Jemand omnia, quae habet, habiturusque est verpfändet, und dieses ist nach einer besondern Verordnung Justinian's schon immer dann der Fall, wenn Jemand seine gesammte Habe verpfändet, sollte er auch des künftigen Erwerbs nicht besonders gedacht haben, l. 9. C. quae res pign. (8, 17). Sehr streitig ist es aber, von welchem Augenblick an das Generalpfand in Betreff der später erworbenen Sachen anfange, ob von dem Augenblick des konstituirten Pfandrechts oder vielmehr von dem Moment der Erwerbung dieser Güter an. Manche wollen hier besonders wegen l. 28. de jure fisci zwischen einer konventionellen und legalen Generalhypothek unterscheiden, und für die letztre den Augenblick des

konstituirten Pfandes, für die erstre dagegen den Moment der Erwerbung der Güter annehmen, vgl. *Connan.*, comm. jur. civ. lib. IV. c. 17, *Faber*, conjectur. jur. civil. lib. II. c. 10. und unter den Neueren bes. Huschke in der Gieß. Zeitschrift. XX. S. 202 fgg.; s. auch Girtanner in Ihering's Jahrbb. III. S. 290 fgg. Diese Unterscheidung ist aber gewiß unhaltbar, und sehr Viele nehmen daher allgemein das erstere an, vgl. z. B. außer vielen Aelteren noch Unterholzner, jurist. Abh. S. 72 fgg., Baumbach im ziv. Arch. IV. Abh. 7, Wening, Lehrb. I. §. 164. und Fritz, Erläutr. ad h. l. (Hft. II. S. 414 fgg.), Mühlenbruch §. 312. Not. 8, Warnkönig im ziv. Arch. XXI. 6, Trotsche in der Gieß. Zeitschr. XVIII. S. 97 fgg., Schmidt ebendas. N. F. XIII. S. 367 fgg., Arndts §. 384. Anm. 6, Brinz §. 79. S. 299 fgg., Regelsberger, Altersvorzug der Pfandrechte. Erl. 1859. S. 68 fgg., Fitting in der krit. Vierteljahrsschr. I. S. 87 fgg., Dernburg I. S. 246 fgg., Windscheid, Lehrb. §. 242. Anm. 10. Dies will freilich nicht soviel heißen, daß der General-Pfandgläubiger auch demjenigen vorgehe, welcher von dem früheren Eigenthümer ein Pfand an der nachher veräußerten Sache erhielt, aber doch soviel, daß, wenn ein und derselbe Debitor zweien Gläubigern hintereinander eine General-Hypothek bestellt, der frühere Gläubiger dem spätern auch in Betreff der nachher erworbenen Sachen vorgehen soll, während nach der entgegengesetzten Meinung Beide in Betreff dieser später erworbenen Sachen sich völlig gleichstehen würden. Diese letztre Meinung ist gewiß die allein richtige, denn es ist:

1) soviel gewiß, daß Niemand ein dingliches Recht an einer Sache eher begründen kann, ehe die Sache selbst seiner Disposition unterworfen ist, was noch für das dingliche Pfandrecht insbesondre dadurch bewiesen wird, daß das in bonis des Verpfänders in der formula hypothecaria speziell hervorgehoben wird, l. 6. C. si al. res (8, 16), und daraus geht schon von selbst hervor, daß das dingliche Pfandrecht der mehreren General-Pfandgläubiger durchaus gleichzeitig mit dem Erwerb der Sache anfangen muß. Daß doch der Pfandvertrag mit dem Einen früher, als mit dem Andern abgeschlossen wurde, kann auf dieses dingliche Recht unmöglich Einfluß haben, sondern nur einen persönlichen Anspruch des früheren General-Pfandgläubigers gegen den Schuldner herbeiführen. Man kann sich für die entgegengesetzte Ansicht auch nicht, wie doch schon geschehen ist, auf die Grundsätze von bedingten Verpfändungen berufen, bei welchen, wenn die Bedingung eingetreten sei, eine Rückziehung derselben auf den Augenblick des abgeschlossenen Vertrags angenommen werden müsse. Dies ist zwar richtig, aber die Verpfändung einer künftig zu erwerbenden Sache würde höchstens als Verpfändung unter einer conditio *juris* aufgefaßt werden können, wobei bekanntlich die Grundsätze über eigentliche Bedingungen gar nicht gelten, und namentlich von Rückziehung keine Rede ist (vgl. auch oben S. 145), und selbst, wenn man sie als eine eigentlich bedingte Verpfändung ansehen dürfte, so ist es ja bekannt genug, daß Bedingungen, deren Eintritt von dem Willen des Schuldners abhängt, nie zurückgezogen werden können, s. oben S. 145, wovon namentlich auch eine Anwendung bei dem Pfandrecht des Vermiethers an den invecta des Miethers vorkommt, l. 11. §. 2. qui potior. in pign. (20, 4). Nun hängt

doch ohne Zweifel der spätere Erwerb von Sachen von der Willkür des Schuldners ab, und man muß also auch von diesem Gesichtspunkt aus das Pfand erst von dem Augenblick dieses Erwerbs datiren. — Das neue Dogma, auf welches sich vorzüglich die beiden neuesten Vertheidiger der gegnerischen Ansicht, Regelsberger und Dernburg, stützen (vgl. auch Windscheid, Lehrb. §. 242.), daß nämlich die Prioritäts-Frage unter mehreren Pfandgläubigern ganz unabhängig sei von der Frage nach der Existenz des dinglichen Pfandrechts, daß also nicht selten die Priorität nach einem Zeitpunkte bestimmt werden müsse, welcher vor die Zeit der Existenz des Pfandrechts falle, dieser neue Lehrsatz, sage ich, steht in so schneidendem Widerspruch mit aller Rechtskonsequenz — Datirung eines Rechts vor seinem Dasein! —, daß man sich, Trotz aller dafür angeführten Nützlichkeits- und Billigkeits-Gründe, nicht wohl überzeugen kann, daß derselbe durch die römische Jurisprudenz eingeführt und anerkannt worden sei, und doch war die ganze Prioritätsfrage, abgesehen natürlich von den Pfandprivilegien, lediglich der römischen Doktrin anheim gegeben. Nur die unzweideutigsten gesetzlichen Aussprüche würden uns zur Annahme eines solchen höchst singulären Dogma bestimmen können, und daran fehlt es in der That gänzlich.

2) Die Gesetze sprechen vielmehr für unsre Ansicht, und zwar gehört vor Allem Text 2 hierher, welche Stelle man freilich, aber gewiß sehr unglücklich, bald dadurch hinwegräumt, daß man die Entscheidung derselben: concurrere utrumque in pignore, gar nicht auf die Verhältniß-Bestimmung der beiden Pfandrechte beziehen will, bald dadurch, daß man supponirt, das General- und Spezial-Pfand seien ganz gleichzeitig bestellt. Namentlich ist diese letztre Auslegung auch neuerlichst wieder, nicht ohne Geschick, von Schmidt in der angef. Abh. vertheidigt worden, und zwar aus dem Hauptgrunde, weil aus l. 7. pr. coll. lege 5. eod. mit Evidenz hervorgehe, daß Ulpian das Alter des Pfands nicht nach der Zeit des Eigenthums-Erwerbs, sondern vielmehr nach der Zeit der Bestellung bestimme, und man doch gewiß nicht annehmen könne, daß derselbe Jurist unmittelbar darauf eine andre Theorie seiner Entscheidung zu Grunde gelegt habe; vgl. auch Regelsberger S. 75 fgg., Dernburg S. 253 fg. S. 258 fgg. Was aber Schmidt hier als evident voraussetzt, ist gewiß nicht begründet, und der wahre Zusammenhang von l. 5. und l. 7. pr. §. 1. cit. ist vielmehr folgender: Ulpian will das Dogma durchführen, daß in den Fällen der s. g. versio in rem (vgl. §. 386. Anm. 1. a. E.) die Priorität der Pfänder nicht durch die Zeit bestimmt werde, und zu diesem Zweck führt er in l. 5. cit. Fälle an, in denen der spätere Kreditor dem früheren vorgeht, weil er ad rem *conservandam* kreditirt hat (während er ohne in rem versio dem früheren Gläubiger nachgestanden hätte); daran reihen sich in l. 7. pr. cit. Fälle, in denen der spätere Gläubiger darum den Vorzug hat, weil er ad rem *comparandam* kreditirte (während er hier, wenn das Alter des Pfandes den Ausschlag gäbe, mit dem Gläubiger gleich berechtigt gewesen wäre); und hieran endlich schließt sich in l. 7. §. 1. cit. die Entscheidung eines Falls an, in welchem man vielleicht auch an eine in rem versio hätte denken können, in welchem aber, unter Zurückweisung dieses Gedankens, lediglich das Alter des Pfandes als das entscheidende hingestellt wird. — Wenn man sich für die richtige Ansicht auch

noch auf T. 3. beruft, so möchte sich dies freilich nicht rechtfertigen lassen, denn hier handelt es sich nicht sowohl um das Datum des Pfandes, als vielmehr nur um die Frage, ob überhaupt ein Pfand angenommen werden könne, vgl. Baumbach cit.

3) Gegen die bisher vertheidigte Ansicht führt man freilich nicht ohne Schein T. 4. an, indem man so argumentirt: wenn unsre Ansicht die richtige wäre, so könnte die Seja nur ein Vorzugsrecht genießen in Betreff der Sachen, welche Titius bis zu dem Kontrakt mit dem Fiskus erworben hatte, nicht aber auch in Betreff der späteren, sondern hieran müßte das Pfandrecht des Fiskus und der Seja gleich stark sein. Man übersieht aber hierbei, daß in dem vorgelegten Falle dem Fiskus gar nicht alle gegenwärtigen und zukünftigen Sachen, sondern nur die erstern verpfändet waren, und nur erst seit Justinian's Verordnung in l. 9. C. quae res pign. (8, 17) würden durch einen solchen Vertrag auch die zukünftigen Sachen ergriffen worden sein. Zwar wendet man hiergegen ein, dem Fiskus stehe ja an dem Vermögen seiner Debitoren schon ein gesetzliches Generalpfand zu, aber gewiß ist dies erst später entstanden, wie schon daraus hervorgeht, daß in unserm Falle Titius dem Fiskus ausdrücklich omnes res suas verpfändet hatte, vgl. auch Göschen, Grundr. S. 181 fgg., Vorles. II. §. 350. S. 380 fgg., Klenze in Zeitschrift für gesch. Rw. VIII. S. 387 fgg. Note 2, Bachofen I. S. 237. — Wenn man aber endlich außer der l. 21. cit. auch noch manche andre Stellen gegen unsre Ansicht anführt, so gehören die l. 9. §. 3. qui potior. in pign. (20, 4), und l. 7. C. eod. (8, 18) gar nicht hierher (über die erste Stelle vgl. man §. 372. Anm. 2, und die zweite gehört zu der Lehre von den Pfandprivilegien propter versionem in rem, und kann blos unter der Voraussetzung als Belegstelle gegen die hier vertheidigte Ansicht angeführt werden, wenn man, ohne alle Berechtigung, dem im Eingange des Reskripts ausgesprochenen Gemeinplatz eine spezielle Beziehung auf den entschiedenen konkreten Fall giebt, wie dieß namentlich im ausgedehntesten Maaße auch jetzt wieder von Schmidt a. a. O. S. 372 fgg. geschehen ist), und in der auch noch hierher gezogenen l. 6. §. 2. C. de secund. nupt. (5, 9) ist nur gesagt, es solle den Kindern wegen der lucra nuptialia ein Generalpfand an dem Vermögen ihrer zu einer zweiten Ehe schreitenden Mutter so zustehen, als wenn dieselbe gleich damals, als die lucra nuptialia ihr zufielen, ihr gesammtes Vermögen verpfändet hätte. Daß damit nicht auch der Zeitpunkt entschieden ist, in welchem dieses Generalpfand die einzelnen nachher erworbenen Sachen ergreife, leuchtet von selbst ein. — Es ist erfreulich, daß die richtigere, auch schon von der Glosse ad l. 7. §. 1. qui pot. in pign. angenommene Meinung, obwohl längere Zeit fast gänzlich verdrängt, doch h. z. T. immer größere Anerkennung findet, vgl. z. B. Glück XVIII. S. 216, XIX. S. 232, Gesterding, Pfandr. S. 248 fgg., Zimmern, römisch-rechtl. Unters. S. 298, *Hepp*, **diss. qua inquiritur, ex quo temp. hypotheca bona debitoris afficiat. Lips. 1825.** p. 165 sqq., Ders. im ziv. Archiv X. S. 295 fgg., und in Roßhirt's Zeitschr. I. S. 336 fgg., bes. S. 352 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschrift I. S. 23 fgg., Sintenis, Handbuch S. 386 fgg., Puchta. Kursus der Institutionen II. §. 250. Note mm, Lehrb. §. 210, Vorlesungen. Bd. I. Beil. 19. S. 453 fgg., im Wesentlichen auch Huschke a. a. O., obwohl derselbe, wie oben bemerkt

wurde, für gesetzliche Generalpfänder eine Ausnahme statuiren will; vgl. auch Bachofen I. S. 260 fgg. S. auch Schweppe, Handb. §. 364. (der jedoch schwankt, und namentlich in l. 7. §. 1. cit. keinen entscheidenden Beweis finden will), Thibaut in Braun's Erörtr. S. 599 fgg., Göschen, Vorles. II. §. 335, Schilling, Lehrb. II. §. 207. not. p, Burchardi, Lehrb. II. §. 206. Not. 17, Herrmann in Gieß. Zeitschr. N. F. IX. S. 353 fgg., Scheurl in der krit. Vierteljahrsschr. II. S. 450 fgg., Keller, Pand. §. 194 a. E. u. A. m.

Eine andre Frage in Betreff des **pignus generale**, ob nämlich die demselben unterworfenen Sachen durch Veräußerung von Seiten des Schuldners von dem Pfandnerus befreit werden, ist zwar in neuerer Zeit insbesondere von Bülow, Abhandlungen I. S. 1 fgg. bejaht worden, aber gewiß mit Recht wird dieselbe von den bei Weitem meisten Neuern verneint, **l. 15. §. 1. de pignorib., l. 2. C. eod., l. 47. pr. de jure fisci (49, 14), l. 8. §. 5. C. de secund. nupt. (5, 9), l. 3. C. ut in possess. legator. (6, 54), l. 6. C. de privil. fisci (7, 73), l. 17. C. de distract. pign. (8, 28).** Vgl. außer den Lehrbüchern noch Kapff, merkwürdige Zivilrechtssprüche Bd. I. No. 71, Seuffert, Erörtrungen. Abth. 2. S. 89 fgg., v. Langenn und Kori, Erörtr. Th. I. No. 10, Sintenis, Handbuch S. 490 fgg., Dernburg I. S. 509 fgg.

Anm. 2. Wenn auch ein Generalpfand in der Regel alle in dem Vermögen des Verpfänders befindliche Sachen ergreift, so sind doch davon nicht nur die Sachen ausgenommen, welche überhaupt nicht veräußert werden können, sondern auch diejenigen, welche mit Konsens des Gläubigers veräußert, nachher von dem Schuldner wieder erworben werden, T. 1. Wenn Vermehren im Arch. XIII. S. 29 fgg. diese Stelle so auslegt: es solle die nachher vom Schuldner wieder erworbene Sache nicht in das alte Pfandrecht zurückfallen, sondern es solle daran ein neues Pfandrecht von dem Augenblick der Wiedererwerbung anfangen, so ist diese Auslegung aus innern und äußern Gründen absolut unhaltbar. Eine andere Ausnahme kommt auch noch bei dem konventionellen Generalpfand vor; diesem nämlich sind diejenigen Sachen nicht unterworfen, die der Debitor wahrscheinlich nicht speziell verpfändet haben würde, wie z. B. nothwendiges Hausgeräth, nöthige Kleider, oder auch Gegenstände, zu denen eine besondre vernünftige Affektion Statt findet u. s. w., **l. 6. sqq. de pignorib.** Daß aber diese Ausnahme auch bei dem gesetzlichen und testamentarischen Pfand Statt finde, wie Meißner, v. stillschw. Pfand §. 30, und Sintenis, Hdb. S. 500, und wenigstens in Betreff des erstren auch Dernburg I. S. 509, in Betreff des letztern auch ***Musset***, **de jure pignoris legato Spec. I. Heidelb. 1810** annehmen, ist doch wohl irrig, denn bei dem ersten kann es auf eine **voluntas praesumta** gar nicht ankommen, und bei dem zweiten fällt der Grund dieser Präsumtion von selbst hinweg. Ganz falsch ist aber auch auf der andern Seite die Meinung Glücks XVIII. S. 222, daß nach dem Tode des Pfandschuldners die bis dahin wegen jener Präsumtion ausgenommenen Sachen von nun an in das Generalpfand fallen müßten, weil der Grund der Ausnahme hinwegfalle. Der Tod kann doch offenbar nicht als Entstehungsgrund des Pfandrechts betrachtet werden, und ein andrer wäre doch nicht vorhanden, da ja der Pfandvertrag sich anerkannt auf diese Sachen nicht erstreckte, s. auch Dernburg S. 508.

Anm. 3. Wenn eine universitas Gegenstand des Pfandrechts ist, so sind die Meinungen unsrer Rechtsgelehrten, da die Gesetze nur dürftig sind, sehr von einander abweichend. Das Richtigste ist gewiß Folgendes: durch die Wahl des Kollektiv-Namens spricht sich regelmäßig die Absicht der Partheien aus, daß nicht blos die gerade jetzt zu der universitas gehörigen Dinge, sondern auch diejenigen als verpfändet betrachtet werden sollen, welche nachher in dieselbe eintreten, und ein gesetzliches Beispiel finden wir bei der Heerde T. 5, was aber offenbar auch auf andre Fälle ausgedehnt werden muß. Daß aber auch umgekehrt die aus der universitas heraustretenden Sachen aus dem Pfandrecht heraustreten, muß als Regel geleugnet werden, denn nicht nur, daß offenbar die Absicht der Partheien und die Regel: res transit cum onere suo dagegen spricht, so entscheidet auch gewiß für die richtige Meinung die Analogie des Generalpfandes, welches ja im Grunde ebenfalls nur ein Pfand an einer universitas ist. Nur dann also, wenn die Absicht der Partheien bestimmt darauf gerichtet ist, daß gerade nur die jeweiligen Bestandtheile der universitas verpfändet sein sollen, darf mit dem Austritt aus der universitas auch Aufhebung des Pfandnexus angenommen werden, einerlei übrigens, ob dieses ausdrücklich ausgesprochen, oder aus andern Gründen mit Sicherheit gefolgert wird. Das letztere ist hauptsächlich bei der Verpfändung eines offenen Waarenlagers der Fall, denn wollte man in einem solchen Falle die einzelnen Sachen als verpfändet ansehen, so müßte der Verpfänder nothwendig alsbald seinen Laden schließen, T. 3. Vgl. auch Zimmern in Gießer Zeitschr. I. S. 49 fgg., Mühlenbruch, Lehrbuch §. 302. und im ziv. Arch. XVII. S. 377 fgg., Roßhirt in seiner Zeitschr. I. S. 9 fgg., Sintenis, Handbuch S. 465 fgg., Wächter, Erörtr. aus dem röm., deutsch. und würtemb. Recht. Heft I. S. 20 fgg., Dernburg I. S. 452 fgg.

5) Von dem Umfange des Pfandrechts, den Gegenständen und der Forderung nach. §. 370.

1) *Paul.* l. 21. de pignor. act. (13, 7): Domo pignori data et area ejus tenebitur; est enim pars ejus. Et contra jus soli sequetur aedificium. — 2) *Marcian.* l. 16. pr. de pignorib.: Si fundus hypothecae datus sit, deinde alluvione major factus est, totus obligabitur. — Vgl. Huschke in der Gießer Zeitschrift XX. S. 246 fgg., Dernburg I. S. 432 fgg.

3) *Pompon.* l. 8. §. 5. de pignor. act.: Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire potest, sed ob caetera quoque, veluti usuras, et quae in id impensa sunt. — 4) *Marcian.* l. 13. §. ult. de pignorib.: Propter usuras quoque si obligata sit hypotheca, usurae solvi debent. Idem et in poena dicemus. — 5) L. 4. C. de usuris (4, 32) [*Sever.* et *Antonin.* Honorio]: Per retentionem pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, licet

stipulatio interposita non sit, merito constitutum est, et rationem habet, cum pignora conventione pacti etiam usuris obstricta sint. Sed enim in causa, de qua agis, haec ratio cessat, siquidem tempore contractus de minoribus usuris petendis convenit, postea autem cum se debitor praestaturum majores repromisit, non potest videri rata pignoris retentio, quando eo tempore, quo instrumenta emittebantur, non convenit, ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur. — 6) *Dioclet.* et *Maxim.* l. 22. C. eod.: Pignoribus quidem intervenientibus usurae, quae sine stipulatione peti non poterunt, pacto retineri possunt. Verum hoc jure constituto, quum hujusmodi nullo interposito pacto tantummodo certae summae praestari poenam convenisse proponas, nec peti nec retineri quidquam amplius et ad pignoris solutionem urgeri te disciplina juris, perspicis. — Vgl. Weber in den Versuchen über Zivilr. S. 151 fgg., Gesterding S. 50 fgg., Seuffert, Erörtrungen II. S. 108 fgg., Sintenis, Handb. §. 48, Bachofen I. S. 593 fgg., Dernburg I. S. 550 fgg.

Anm. Es ist eine sehr bestrittene, und namentlich in neuerer Zeit vielfach besprochene Frage, inwiefern der Pfandgläubiger auch die Frucht der verpfändeten Sache in Anspruch nehmen könne? vgl. außer Glück XVIII. S. 346 fgg. und außer den pfandrechtl. Handbb. von Westphal §. 17, Gesterding S. 367 fgg., Sintenis S. 462 fgg. (siehe auch Dessen Zivilrecht I. S. 637 fgg), Schmidt S. 194 fgg., Bachofen I. S. 63 fgg., S. 153 fgg., Dernburg I. S. 438 fgg. — auch noch *Backe*, bonae fidei possessor quemadmod. fruct. suos faciat p. 118 sqq., Huschke, Studien I. S. 368 fgg., Warnkönig im ziv. Archiv XXII. 15, Huschke in der Gießer Zeitschrift XX. S. 261 fgg., Francke im ziv. Archiv XXX. 6, Janke, das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers. Erl. 1862. S. 187 fgg. Es müssen hierbei zwei Gesichtspunkte scharf aus einander gehalten werden. Es fragt sich nämlich erstlich: ob und unter welchen Voraussetzungen das Pfandrecht an der fruchttragenden Sache sich auch auf die Früchte in der Art erstrecke, daß sie als mitverpfändet angesehen, und wegen ihrer eine selbstständige actio hypothecaria angestellt werden kann? und zweitens fragt es sich, welche Früchte officio judicis dem Pfandgläubiger zugesprochen werden müssen, wenn derselbe die actio hypothecaria gegen den Besitzer der verpfändeten Sache angestellt hat?

I. Was die erstre Frage anbelangt, so gilt die Regel, daß die Früchte der verpfändeten Sache stillschweigend als mitverpfändet angesehen werden müssen, l. 3. C. in quib. caus. pign. (8, 15):

> *Alexander.* „Quamvis fructus pignori datorum praediorum, *etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione esse,* praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire, nulli prudentium placuit“;

l. 26. §. 2, l. 29. §. 1. de pignor. (20, 1), l. 1. C. de partu pignorum (8, 25). Zwar sagt *Paulus* rec. sent. II. 5. §. 2:

> „Foetus vel partus ejus rei, quae pignori data est, pignoris jure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit",

und Manche wollen deßhalb die obige Regel ganz in Abrede stellen, z. B. Warnkönig a. a. O., Puchta, Pand. §. 203. Note f, Janke S. 232 fgg., oder sie doch wenigstens auf die Früchte eines Grundstücks beschränken, z. B. Bachofen I. S. 154, aber gewiß ist die Paulinische Stelle korrumpirt, vgl. bes. Huschke, Studien S. 370 fgg. und in Gießer Zeitschrift XX. S. 263 fgg., und in keinem Falle kann dadurch das Justinianische Recht zweifelhaft werden, Francke a. a. O. S. 157 fgg.; vgl. auch Dernburg S. 438 fgg. (welcher die sinnreiche Vermuthung aufstellt, daß Paulus hier nur für das pignus, im Gegensatz zu der fiducia, den einfachen Gedanken habe aussprechen wollen, daß dabei die Früchte nicht schon nach Rechtskonsequenz, sondern nur in Folge der Partheikonvention in das Pfandrecht fielen, ohne damit irgend zu leugnen, daß dies auch eine *tacita* pactio sein könne) und Scheurl a. a. O. S. 486 (welcher darauf hinweis't, daß Paulus seine sententiae wohl vor dem Reskript von Sever geschrieben und die erst durch dasselbe festgestellte tacita pactio nicht anerkannt habe). Diese stillschweigende Verpfändung der Früchte muß aber, eben so wie die ausdrückliche, als ein Pfandvertrag über eine künftige Sache angesehen werden, und dies ist selbst in Betreff der zur Zeit der Verpfändung hängenden Früchte nicht anders, da dieselben ja erst nach der Separation als selbstständige Rechtsobjekte zu erscheinen anfangen, l. 15. pr. de pignor:

> *Gaius.* „Et *quae nondum sunt, futura tamen sunt,* hypothecae dari possunt, ut *fructus pendentes,* partus ancillae, fetus pecorum, ut ea, quae nascuntur, sint hypothecae obligata" (daß Statt des handschriftlichen *et ea* gelesen werden muß, *ut ea,* ist schon öfter bemerkt worden); idque servandum est, sive dominus fundi convenerit aut de usufructu, aut de his, quae nascuntur, sive is, qui usumfructum habet, sicut Julianus scribit";

und daraus geht von selbst hervor: daß von einem Pfandrecht an den Früchten nur dann die Rede sein kann, wenn die Früchte zur Zeit der Separation in das Eigenthum des Verpfänders oder dessen Erben fallen. Am bestimmtesten wird dies in der l. 29. §. 1. de pignor. ausgesprochen:

> *Paul.* „Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem jure habenda sunt; quod tamen diximus etiam agnata teneri, sive specialiter de his convenerit, sive non, ita procedit, *si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem ejus; ceterum, si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata*",

und es läßt sich in der That nicht wohl einsehen, wie Bachofen I. S. 63 fgg. Note 2. die offenbar irrige Behauptung aufstellen kann, Paulus rede hier von einem Vertrage, der in solchen Ausdrücken abgefaßt gewesen sei, daß dadurch die späteren Geburten ausgeschlossen seien! Außerdem geht aber jener Grundsatz auch noch bestimmt genug aus der vielbesprochenen l. 1. §. 2. de pignor. hervor:

Papinian. „Quum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit; eos consumtos bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur. Pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur, *quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt*“;

vgl. *Backe* cit. p. 39 sqq., p. 122 sqq., p. 191 sqq., Gesterding a. a. O. S. 369 fgg., Hepp in der A. L. Z. 1832. S. 528 fgg., Warnkönig a. a. O. S. 409 fgg., Heimbach, die Lehre von der Frucht S. 218 fgg., Huschke in der Gießer Zeitschrift XX. S. 278 fgg, Francke a. a. O. S. 182 fgg., Bachofen I. S. 65, Windscheid in Gießer Zeitschrift N. F. IV. S. 115 fgg., Dernburg S. 443 fgg., Scheurl a. a. O. S. 487 fgg., Janke S. 254 fgg. Die Stelle hat folgenden Sinn. Ein Grundstück, welches sammt den davon zu erzielenden Früchten verpfändet worden ist, kommt in die Hände eines dritten gutgläubigen Besitzers, und es fragt sich nun, welche Früchte der Pfandgläubiger in Anspruch nehmen könne? Ueber die bei dem Besitzer noch vorhandenen Früchte ist kein Zweifel, indem es sich von selbst versteht, daß diese officio judicis eben so an den vindizirenden Pfandgläubiger, wie an einen vindizirenden Eigenthümer restituirt werden müssen (s. unten bei II.) und diesen ganz zweifellosen Punkt berührt daher Papinian auch gar nicht. Aber wie verhält es sich mit den *fructus consumti?* Hier ist wieder soviel gewiß, daß diese *officio judicis* nicht herauszugeben sind, indem ja nicht einmal der vindizirende Eigenthümer Anspruch darauf machen könnte, und es kann also nur die Frage sein, ob dieselben nicht als selbstständige Pfandobjekte wegen des auch auf die Früchte gerichteten Pfandvertrags mit der actio hypothecaria verfolgt werden können? Auf diese Frage allein antwortet Papinian, und zwar verneinend. „Zwar könnte man, sagt er, möglicher Weise hiergegen den Einwand machen, daß ja ein Pfandrecht durch Eigenthumswechsel nicht affizirt werde, und wie es bekannt sei, daß ein Pfandrecht durch Usukapion der verpfändeten Sache nicht aufgehoben werde, so liege der Gedanke nahe, daß auch das Pfandrecht an den Früchten durch Konsumtion derselben nicht zerstört werde. Aber dieser Einwand paßt nicht, denn da die Früchte niemals im Eigenthum des Verpfänders waren, so hat gar kein Pfandrecht daran entstehen können, womit von selbst die scheinbare Parallele zwischen Konsumtion und Usukapion zusammenfällt“. -- Obwohl nun hiernach der Grundsatz, daß die Früchte nur dann als mitverpfändet angesehen werden können, wenn sie nach der Separation in das Eigenthum des Verpfänders fallen, nicht nur konsequent aus den allgemeinen Rechtsansichten der Römer über das Verhältniß der Früchte zu der fruchttragenden Sache hervorgeht, sondern auch durch spezielle gesetzliche Bestimmungen vollkommen bestätigt wird, so ist doch immer die herrschende Lehre dahin gegangen, daß auch diejenigen Früchte in das Pfandrecht fallen müßten, welche wenigstens bei dem Verpfänder entstanden seien, sollten sie auch zur Zeit der Separation in das Eigenthum eines Andren kommen, und zwar stützt sich dieselbe vorzugsweise auf l. 18. §. 2. de pign. act. (13, 7):

Paul. „Si fundus pignoratus venierit, manere causam pignoris, quia

cum sua causa fundus transeat, *sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit*“,

und auf l. 1. pr. de Salv. interd. (43, 13):

Julian. „Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit, et eam vendiderit, *quod apud emtorem ex ea natum est, ejus apprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet*“.

Huschke, welcher in den Studien a. a. O. noch die herrschende Lehre vertheidigte, jetzt aber, in der Gießer Zeitschrift a. a. O. der richtigen Ansicht folgt, will diese Stellen dadurch beseitigen, daß er sie blos auf den *partus ancillae* bezieht, welcher bekanntlich gar nicht zu den Früchten gezählt wird, und dann das Dogma aufstellt, daß nur bei eigentlichen Früchten die Zeit der Separation entscheide, während andre Accessionen, welche keine Früchte seien, schon dann in das Pfandrecht fielen, wenn sie nur bei dem Verpfänder in der Hauptsache entstanden seien, sollten sie auch erst nachher zu selbstständigem Dasein gekommen sein. Ich kann dieser Ansicht nicht beitreten. Wie scharfsinnig auch von Huschke a. a. O. S. 267 fgg. rechtliche Verschiedenheiten zwischen Früchten und andren Accessionen entwickelt worden sind, so stehen sich doch beide, Früchte und anderweite Accessionen, darin offenbar gleich, daß ihre rechtliche selbstständige Existenz erst mit der Trennung von der Hauptsache beginnt, und so werden auch z. B. von Gaius in der oben ausgezogenen l. 15. pr. de pignor. gleichmäßig die hängenden Früchte und die Leibesfrucht einer schwangern Sklavin zu den Dingen gezählt, quae nondum sunt, futura tamen sunt. Da aber gerade hierin der Grund liegt, weßhalb Früchte erst in dem Augenblick der Separation in das Pfandrecht fallen, und deßhalb auch das Eigenthumsrecht des Verpfänders in diesem Augenblicke vorausgesetzt wird: so muß ganz dasselbe nothwendig auch bei andern Accessionen eintreten, und namentlich für den *partus ancillae* spricht dies auch Paulus in der oben angef. l. 29. §. 1. de pignor. aus, denn diese Stelle mit Huschke S. 265 auf den Fall beschränken zu wollen, wenn das Kind bei dem spätern Eigenthümer konzipirt und geboren sei, ist nicht nur ganz willkürlich, sondern geradezu unstatthaft, und mit den Worten: si dominium eorem etc. in offnem Widerspruche. Weit eher, als aus der Accessions-Eigenschaft, würde sich eine eigenthümliche Behandlung des partus ancillae aus dem, allerdings auch auf Sklavenkinder angewendeten (vgl. l. 26. de statu hom.) Rechtssatze: nasciturus pro jam nato habetur, rechtfertigen lassen, und wirklich ist dies die Ansicht von Dernburg S. 446 fgg., aber die ganze Annahme, daß für Sklavenkinder eine Singularität vorkomme, ist in offnem Widerspruch mit der l. 15. pr. de pignor. (wo der partus ancillae ganz eben so wie die fructus pendentes zu den res *futurae* gezählt, und also natürlich auch die Verpfändung Beider unter dieselben Prinzipien gestellt wird), und noch mehr mit der l. 29. §. 1. eod. (s. oben S. 824). Zwar meint Dernburg S. 451 fgg. diesen Widerspruch durch die Annahme heben zu können, daß in der l. 29. §. 1. cit. gar nicht von einer Verpfändung einzelner Sklavinnen, sondern vielmehr von dem Falle die Rede sei, wenn Jemand ein Landgut mit den sämmtlichen dazu gehörigen Sklaven, wenn er also eine „Sklavenheerde“ verpfändet habe; denn in diesem besondren Falle dürften allerdings nach den Grundsätzen über verpfändete universitates die nachher geborenen

Kinder nicht in das Pfandrecht fallen; aber diese Erklärung, die sich auch bei Janke S. 288 fgg. wiederfindet, trägt doch so sehr den Charakter des Nothbehelfs an sich, und setzt so Vieles voraus, wovon in der Stelle in Wahrheit keine Spur vorkommt, daß wohl Dernburg selbst sich schwerlich dadurch befriedigt findet. — Wir sahen, daß die Versuche, die l. 18. §. 1. de pign. act. und die l. 1. pr. de Salv. interd. aus angeblichen Singularitäten des partus ancillae zu erklären schwerlich gelungen sind, und in der That haben wir auch, um die obigen Stellen mit unsrem Grundsatze in Uebereinstimmung zu bringen, gar nicht nöthig, einen in dieser Beziehung gewiß unstatthaften Unterschied zwischen Früchten und Sklavenkindern anzunehmen, sondern jene Stellen lassen auch ohne dies Auslegungen zu, wodurch aller scheinbare Widerspruch derselben mit jenem Grundsatze vollkommen beseitigt wird. Die l. 1. pr. de Salv. interd. enthält nämlich gewiß blos eine Eigenheit des interdictum Salvianum, die sich vollständig aus Zweck und Bedeutung dieses Rechtsmittels erklärt, vgl. Francke a. a. O. S. 175 fgg. und s. unten §. 390. Anm. Was aber die l. 18. §. 2. de pign. act. anbelangt, so ist darin in der That gar nicht gesagt, daß auch das nach dem Verkauf geborene Sklavenkind in das Pfandrecht falle, und wir haben zu diesem Zweck auch gar nicht nöthig, mit *A. Faber*, err. Pragm. dec. 60. err. 4. statt *sicut* zu lesen *secus;* sondern der einfache (von Dernburg S. 450 nicht richtig aufgefaßte) Sinn dieser Stelle ist nur: „die verkaufte Sache geht auf den Käufer cum sua causa über, und eben so, wie der Käufer auf die commoda rei, z. B. auf das nach dem Verkauf geborne Sklavenkind, Anspruch hat, so muß er sich auf der andren Seite auch die ihm nachtheilige causa, namentlich ein auf der verkauften Sache lastendes Pfandrecht gefallen lassen"; vgl. Huschke, Studien S. 371. Note 40, Francke a. a. O. S. 173 fgg.; wenn jetzt Huschke in der Gieß. Zeitschr. XX. S. 250 fgg. diese seine frühere, gewiß richtige, Auslegung verwirft, und vielmehr durch Aenderung der Interpunktion und willkürliche Einschaltung eines Wortes helfen will (er will jetzt den §. 1. mit den Worten: pignori erit schließen, und den §. 2. so lesen: „Eadem causa est alluvionis; *set* [in der Bedeutung von sed et] si fundus" rel.); so wird er hierbei schwerlich auf Zustimmung rechnen dürfen; vgl. dagegen auch Basil. XXV. 1. 18, s. jedoch jetzt auch Brinz, Pand. S. 297 a. E.

Das einfache Resultat ist hiernach: wenn eine fruchttragende Sache verpfändet worden ist, so sind auch stillschweigend die künftigen Früchte mit verpfändet, aber diese stillschweigende Verpfändung sowohl, wie auch eine etwaige ausdrückliche, ergreift nur diejenigen Früchte, die zur Zeit der Separation in das Eigenthum des Verpfänders oder dessen Erben fallen. (Von Grund aus abweichend ist jetzt wieder der neueste und ausführlichste Bearbeiter unsrer Lehre, nämlich Janke a. a. O., indem er nicht nur annimmt, daß die Verpfändung der fruchttragenden Sache keine stillschweigende Verpfändung der Früchte enthalte, sondern auch überdies, daß, wenn einmal die hängenden Früchte ausdrücklich, mit oder ohne die Hauptsache verpfändet seien, das Pfandrecht an ihnen sogleich anfinge, und auch begründet bliebe, wenn auch die Früchte von einem andren Eigenthümer separirt würden. Eine besondere Widerlegung dieses neuen Versuchs, alte Irrthümer wieder aufzufrischen, scheint mir überflüssig, und es

mag genügen, einige Proben von der Exegese des Verf. zu geben. So wird z. B. das Reskript von Sever in l. 3. C. in quib. caus. [siehe oben S. 823] von Janke S. 239 fgg. mit seiner Ansicht durch die naive Behauptung in Einklang gebracht, daß der Kaiser hier gewiß nur von den noch ungetrennten Früchten spreche(!); und in der l. 15. pr. de pignor. [siehe oben S. 824] findet unser Verf. S. 243 fgg. einen schlagenden Beweis dafür, daß, wenn hängende Früchte verpfändet würden, dieselben sogleich mit Abschluß des Vertrags in's Pfandrecht fielen — denn es hieße ja: et *sint* hypothecae obligata —, und daß sie in diesem einmal begründeten Pfandrechte auch nach der Separation blieben — denn Gaius sage ja ausdrücklich: *„idque servandum est“!!)*

II. Wesentlich verschieden von der ersten, bisher behandelten Frage ist die andre, welche Früchte dem Pfandgläubiger officio judicis zugesprochen werden müssen, wenn derselbe mit der hypothekarischen Klage gegen den Besitzer der verpfändeten Sache aufgetreten ist. Marcian in l. 16. §. 4. de pignor. sagt darüber:

> „Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex, ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet; quid enim si minoris sit praedium, quam debetur? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare, nisi exstent, et res non sufficit“.

Es müssen hierbei zwei Punkte unterschieden werden:

1) Für die Zeit nach der Lit.-Kontestation muß in Gemäßheit allgemeiner Grundsätze (s. oben §. 160. Anm.) jeder Besitzer, mag es der Verpfänder, oder ein folgender Eigenthümer, oder ein dritter gut- oder bösgläubiger Besitzer sein, alle Früchte herausgeben, sowohl die fructus perceptos, als auch die fructus percipiendos, sowohl die fructus exstantes, als auch die consumtos. Jedoch bringt es der beschränkte Zweck der Pfandklage mit sich, daß diese ganze Restitutionspflicht nur in subsidium eintritt, nämlich nur dann, wenn das Pfandobjekt selbst zur Deckung der Forderung nicht hinreicht.

2) Für die Zeit vor der Litis-Kontestation lehrt Marcian nur, daß der Richter nicht verurtheilen dürfe, wenn nicht die Früchte noch vorhanden und die Sache selbst zur Deckung der Forderung unzureichend sei. Daß er unter diesen Voraussetzungen immer verurtheilen müsse, sagt er nicht, und in der That muß hier in Gemäßheit allgemeiner Grundsätze unterschieden werden, ob die Klage gegen den Verpfänder selbst, gegen einen folgenden Eigenthümer oder gegen einen dritten Besitzer angestellt wird. Wenn der Verpfänder selbst oder dessen Erbe der Beklagte ist, so ist dieser allerdings immer unter jenen Voraussetzungen zu kondemniren, aber dieser Fall gehört nicht eigentlich hierher, da hier die Früchte nicht sowohl officio judicis zu restituiren sind, als vielmehr als selbstständige Pfandobjekte in Betracht kommen (s. oben bei I.). Wird die Pfandklage gegen einen folgenden Eigenthümer angestellt, so kann dieser niemals wegen der vor der Litis-Kontestation gezogenen Früchte verurtheilt werden, denn diese Früchte sind weder Pfandobjekte, noch auch ist vor der Lit.-Kontestation irgend ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem Pfandgläubiger begründet, welches den ersteren zur Herausgabe der in sein volles Eigenthum gefallenen Früchte verpflichten könnte. Wird endlich die hypothekarische Klage gegen

einen dritten Besitzer angestellt, so ist dieser allerdings, wenn die obigen Voraussetzungen eintreten, wenn also die Sache selbst zur Deckung der Forderung nicht hinreicht, und die Früchte noch vorhanden sind, zur Herausgabe dieser vorhandenen Früchte zu verurtheilen, und zwar rechtfertigt sich diese Verpflichtung sowohl für den bösgläubigen, wie auch für den gutgläubigen Besitzer schon hinlänglich dadurch, daß diese ja auch dem vindizirenden Eigenthümer gegenüber zu solcher Restitution verpflichtet werden. Was aber die nicht mehr vorhandenen Früchte (die fructus consumtos) anbelangt, so ist es schon nach allgemeinen Grundsätzen unzweifelhaft, daß der gutgläubige Besitzer zum Ersatz derselben nicht verpflichtet ist, vgl. oben §. 326. Anm. 2. und zum Ueberfluß wird dies auch noch ausdrücklich in der oben besprochenen l. 1. §. 2. de pignor. anerkannt. Ganz dasselbe muß aber auch bei dem malae fidei possessor angenommen werden, indem Marcian völlig bestimmt, und ohne irgend zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer zu unterscheiden, für die Zeit vor der Lit.-Kont. nur dann eine Verurtheilung zuläßt, wenn die Früchte noch vorhanden sind, und gegen diesen unzweideutigen, und auch durch innere Gründe wohl zu rechtfertigenden Ausspruch darf gewiß nicht mit Francke a. a. O. S. 192. die Analogie der Eigenthumsklage und das ohnehin bei einem *responsum* höchst mißliche argum. a contrario aus l. 1. §. 2. de pignor. eingewendet werden; vgl. auch Huschke in der Gießer Zeitschrift XX. S. 286. Daß auch wegen der vernachläßigten Früchte (fructus percipiendi) dem Pfandgläubiger gegenüber keine Haftpflicht angenommen werden darf, versteht sich nach den bisherigen Ausführungen von selbst, obwohl auch in dieser Beziehung Francke cit. a. M. ist. — Auch bei dieser Frage behauptet der neueste Schriftsteller, Janke a. a. O. S. 260 fgg., einen eigenthümlichen Standpunkt. Er sucht nämlich aus allgemeinen Gründen zu deduziren, daß sich die Verurtheilung niemals auf die Früchte erstrecken könne, die in der Zeit vor der Litis-Kontestation perzipirt seien, und davon spreche auch Marcian in l. 16. §. 4. cit. mit keinem Worte, denn die in dem Schlußsatz erwähnten „*antecedentes* fructus" seien nicht, wie man bisher irrig angenommen, die in die Zeit vor dem Prozeß fallenden Früchte, sondern vielmehr die „vorerwähnten Früchte", also gerade diejenigen „ex quo lis inchoata est"!

II. Erwerb des Pfandrechts.

Im Allgemeinen. §. 371.

Insbesondere:

1) Vom Konventionalpfand. §. 372.

1) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 6. C. si aliena res pignori data sit (8, 16): Quae praedium in filios a se titulo donationis translatum creditori suo dat pignori, se magis contrario pigneratitio obligat judicio*, quam quidquam dominis nocet, quum

Serviana etiam actio declarat evidenter, jure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint, et per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse, certissimum est.

2) *Papinian.* l. 3. §. 1. qui potior. (20, 4): Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur, priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit; post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit: prioris causam esse potiorem apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset; verum in ea quantitate, quam solvisset, ejusque usuris potiorem fore constaret, nisi forte prior ei pecuniam offerat. Quodsi debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praeferendum.

3) *Modestin.* l. 22. de pignorib.: Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori.

4) *Paul.* l. 41. de pignor. act.: Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse coepisti, datur utilis actio pignoratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero; hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori; neque utique sufficit ad competendam utilem pignoratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur.

5) *African.* l. 9. §. 3. qui potior. in pign.: Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Mevio; deinde domina ejus pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Mevii pignus convalescere placebat. Tunc enim priore demisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur; in proposito autem maritus emtoris loco est, atque ideo, quia neque tunc, cum Mevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Mevii convalescere possit. Haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, i. e. si ignoravit Mevio obligatum esse.

6) *African.* l. 9. pr. §. 1. eod.: Qui balneum ex Calendis

proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur; idem ante Calendas Julias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit; consultus, an adversus hunc creditorem petentem Erotem, locatorem Praetor tueri deberet, respondit, debere; licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur, quoniam tamen jam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset, potiorem ejus causam habendam. §. 1. Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quidquam deberi coeperit, si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit.

7) *Gai.* l. 11. pr. §. 1. eod.: Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam, et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit; poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam. §. 1. Videamus, an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure, et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat conditio, ut potior sit, qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum; quum enim semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset, quod et melius est. Vgl. auch Götting in Gießer Zeitschr. N. F. I. S. 330 fgg.

8) *Paul.* l. 4. quae res pignori (20, 3): Titius, quum mutuam pecuniam accipere vellet a Maevio, cavit ei et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit; deinde, postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam; quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur? Respondit, quum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit.

9) *Papinian.* l. 1. pr. §. 1. qui potior.: Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit, subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit, mox residuae quantitatis nume-

ratio impleta est; quaerebatur de pignore. Quum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis, nec probe dici, in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. §. 1. Alia causa est ejus, qui pignus accepit ad eam summam, quam intra certum diem numerasset, ac forte, priusquam numeraret, alii res pignori data est.

Anm. 1. Ueber stillschweigende Konventional-Pfänder vgl. Weber, Versuche S. 79 fgg., Meißner, vollst. Darst. der Lehre vom stillschw. Pfandrecht Th. 1. §. 5 fgg. und etwa Glück XVIII. S. 303 fgg., Sintenis, Handbuch S. 206 fgg. Not. 3. Sehr gewöhnlich wird auch die erste Hälfte der l. 5. C. de loc. et cond. (4, 65) von einem stillschweigenden Konv.-Pfand verstanden:

> *Alexander Petromae.* „Certi juris est, ea quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini, nam ea quoque pignoris jure tenentur";

vgl. über die verschiedenen Meinungen Bachofen I. S. 21 fgg. Eine neue Erklärung dieser Stelle hat Bachofen a. a. O. ausgeführt, wornach unter den domini, deren voluntas und scientia hier erwähnt wird, nicht, wie bisher allgemein angenommen wurde, die domini praediorum, sondern vielmehr die domini inductorum et illatorum zu verstehen sein sollen, und der Sinn des Reskripts demnach nur der sei: „während bei einem praedium rusticum fremde inferirte Sachen nur dann in das Pfandrecht des Gutsherrn fallen, wenn der Eigenthümer derselben seine Einwilligung dazu giebt, verhält sich dies bei der Häusermiethe anders, indem das pfandweise Retentionsrecht des Vermiethers sich auch auf fremde, ohne Wissen ihres Eigenthümers eingebrachte Inventarstücke erstreckt"; für welche letztere Singularität bei der Häusermiethe l. 1. §. 5, l. 2. de migrando (43, 32) angeführt werden. Gewiß mit Recht hat jetzt Dernburg I. S. 311 fgg. aus sprachlichen und sachlichen Gründen diese neue Erklärung bekämpft, und sich wieder für die gewöhnliche oben angedeutete Auslegung ausgesprochen.

Anm. 2. Obwohl die sehr natürliche Regel gilt, daß nur der Eigenthümer ein wirksames Pfandrecht bestellen kann, so giebt es davon noch mehrere Ausnahmen, worüber in neuerer Zeit besonders Mayer im Archiv für ziv. Prax. IX. S. 246 fgg., Müller das. XI. S. 392 fgg., Trotsche in Gießer Zeitschr. XVIII. 3. und Huschke ebendas. XX. 6. gehandelt haben; vgl. auch Sintenis, Handbuch §. 16, Bachofen, Pfandrecht I. S. 541. Es kommt dabei hauptsächlich auf folgende Punkte an:

a) Das von einem non dominus bestellte Pfandrecht wird dadurch giltig, daß der wahre Eigenthümer ratihabirt, und zwar wird diese Einwilligung allgemeinen Grundsätzen nach auf den Moment des Pfandvertrags zurückgezogen, l. 16. §. 1. de pignorib., wobei sich nur von selbst versteht, daß, wenn vor der Ratihabition der Eigenthümer selbst ein Pfand konstituirt hatte, dieses stets dem nachher genehmigten vorgeht. — Gleiche Wirkung, wie die Einwilligung des Eigenthümers, hat es, wenn derselbe die Verpfändung wissentlich in fraudem creditoris geschehen ließ, l. 2. C. si al. res (8, 16).

b) Das Pfandrecht wird auch, wie sich von selbst versteht, dann giltig, wenn bei der Verpfändung ausdrücklich oder stillschweigend (z. B. bei der Verpfändung einer res debita vgl. l. 1. pr. de pignorib.) die Bedingung künftigen Erwerbes gestellt war, und dieser Erwerb nachher wirklich gemacht wird, l. 16. §. 7. de pignorib. Hier fängt jedoch das Pfandrecht immer erst von dem Augenblick des Erwerbes, nicht aber schon von dem Moment der Pfandbestellung an, wie dies ganz von selbst aus den obigen Erörterungen über die Datirung des pignus generale hervorgeht, vgl. §. 369. Anm. S. 818 fgg. Wenn Sintenis, Handbuch S. 86 fgg., S. 138 fgg., S. 395, Schmid, Grundlehren der Zession I. S. 124 u. A. m. bei der Verpfändung einer res debita ein anderes Prinzip annehmen, daß nämlich hier das Pfandrecht vielmehr von dem Augenblick der Verpfändung sich datire, so ist dies doch wohl verwerflich, und die dafür angeführte l. 3. §. 1. qui potior. in pign. (T. 2) ist jedenfalls unbeweisend, da ja die zweite Verpfändung nicht im Augenblick der Tradition, sondern erst nach geschehener Tradition vorgekommen war, und in diesem Falle also auch nach unsrer Meinung das vor dem Erwerb konstituirte Pfand den Vorzug vor dem spätern haben muß, vgl. auch Hepp in Roßhirt's Zeitschrift I. S. 349 fgg. Die Ansicht von Regelsberger S. 99 fgg., Dernburg S. 255 fgg. und Schmid a. a. O. S. 316 fgg., daß die Worte: post traditam possessionem blos den geschehenen Besitz-, nicht aber den Eigenthums-Erwerb andeuten sollten, scheint mir völlig unhaltbar zu sein. Die Thatsache, ob der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung Besitzer ist oder nicht, ist unter allen Umständen für die Rangordnung der Pfänder ohne jeden denkbaren Einfluß, und es wäre also unbegreiflich, warum Papinian so nachdrücklich gerade auf diesen Umstand hingewiesen hätte („priusquam ei possessio traderetur" — „post traditam possessionem"); und wie kann wohl überdies, wenn ohne irgend einen beschränkenden Zusatz, von der Besitzübertragung einer res debita an den Gläubiger die Rede ist, an etwas Anderes als an eine Tradition zum Zweck der Eigenthums-Uebertragung gedacht werden? Freilich meinen Regelsberger und Dernburg, der gesetzliche Eigenthums-Vorbehalt des Verkäufers bis zur Zahlung des Kaufpreises sei wohl gewiß auch für den Fall Rechtens, wenn ein Mandatar mit seinem Gelde eine Sache für den Geschäftsherrn gekauft, und ihm dieselbe tradirt habe; aber diese Annahme ist rein willkürlich, und wohl nur ersonnen, um unsre Stelle mit einer vorgefaßten Meinung in erträglichen Einklang zu bringen. Die von Papinian im Fortgang der Stelle („si non creditor" etc.) angedeutete Modifikation paßt allerdings nicht genau auf den vorher entschiedenen Fall — denn um ein solches Vorzugsrecht zu begründen, müßte freilich die Zahlung des

Prof. Dr. iur. Elemér Balogh

Secundus dem Eigenthums-Erwerb vorausgegangen sein —, und insofern kann man Papinian von dem Fehler der Ungenauigkeit nicht freisprechen; aber gewiß kam es ihm nicht darauf an, gerade den vorher proponirten Fall nach allen Seiten genau zu entscheiden, sondern er wollte bei Gelegenheit dieses Falls dem Gedanken Ausdruck geben, daß doch unter Umständen der Altersvorzug wegen versio in rem durchbrochen werden könne.

c) Wenn ein Nichteigenthümer ohne solche Bedingung eine fremde Sache verpfändet und nachher das Eigenthum erwirbt, so muß man nothwendig sagen, daß ungeachtet des nachherigen Eigenthums-Erwerbs doch kein Pfandrecht entsteht, indem ja in der formula hypothecaria ausdrücklich das Vorhandensein des Eigenthums zur Zeit der Verpfändung vorausgesetzt wird, l. 3. pr., l. 15. §. 1. de pign., l. 23. de probat. (22, 3). Dies ist auch für den Kreditor, welcher bei der Verpfändung in mala fide war, durch das Gesetz ausgesprochen, indem einem solchen blos ein Retentionsrecht eingeräumt ist, l. 1. pr. de pignorib. Vom gutgläubigen Kreditor aber heißt es: ordinariam quidem actionem super pignore ei non competere manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiae detur, l. 5. C. si aliena res (8, 16); vgl. T. 4. (improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur). Man sieht hieraus, daß nicht eigentlich das dingliche Pfandrecht konvaleszirt, sondern daß hier aequitatis causa durch Einräumung einer *utilis* actio pignorat. geholfen wurde, deren formula sich eben dadurch von der formula der hier unanwendbaren actio directa unterschied, daß dabei nicht Eigenthum zur Zeit der Verpfändung, sondern späterer Eigenthums-Erwerb des Verpfänders vorausgesetzt wurde, Huschke a. a. O. S. 236 fgg., Windscheid in der Gießer Zeitschrift. N. F. III. S. 433, Bachofen I. S. 547. Da nun aequitas das Element dieses ganzen Verhältnisses ist, so erklärt es sich, daß, wenn Mehrere solcher Kreditoren zusammentreffen, der frühere dem spätern vorgehen soll, was, wenn von eigentlicher Konvaleszenz dinglicher Rechte die Rede wäre, allerdings gegen die Konsequenz sein würde, indem dann für die mehreren Pfandrechte gleichmäßig der Augenblick des Eigenthums-Erwerbs von Seiten des Schuldners entscheiden müßte. Statt dessen haben wir für diesen Fall sogar die Entscheidung, daß der spätere Kreditor überhaupt erst ein wirksames Recht gewinnen soll, wenn der frühere Kreditor abgefunden, und der Debitor auch zu dieser Zeit noch Eigenthümer der verpfändeten Sache ist, eine Entscheidung, welche namentlich der berühmten l. 9. §. 3. qui potior. (T. 5.) zu Grunde liegt. Gar mancherlei, zum Theil recht verkehrte Ansichten hierüber finden sich in den zitt. Abhh. von Meyer, Müller und Trotsche, in Gesterding's Pfandrecht S. 105 fgg., in Schmid's Grundlehren der Zession I. S. 324 fgg. u. A. m. Die richtige Ansicht vertheidigen jetzt Hepp in Roßhirt's Zeitschrift I. S. 374 fgg., Sintenis, Handbuch S. 87 fgg., Huschke a. a. O. S. 239 fgg., Windscheid in der Gießer Zeitschrift. N. F. III. 10, Bachofen I. S. 551. und S. 553 fgg. Doch kann ich mit der Ansicht der zuletzt genannten Schriftsteller insofern nicht übereinstimmen, daß diese die utilis pign. actio nur gegen den Verpfänder selbst zulassen wollen, so daß also, auch wenn die Konvaleszenz durch Eigenthums-Erwerb eingetreten, aber nachher vom Verpfänder wieder eine

Veräußerung vorgenommen sei, die Klage gegen den neuen Eigenthümer nicht mehr angestellt werden könne. Mir scheint nicht nur Afrikan's Ausspruch sehr bestimmt auf das Gegentheil hinzuführen — (Afrikan sagt: Mevius könne sein Pfandrecht deßhalb nicht gegen den neuen Eigenthümer geltend machen, weil dasselbe nicht zur Konvaleszenz gekommen sei, und es sei nicht zur Konvaleszenz gekommen, weil zu der Zeit, wo der erste Pfandgläubiger abgefunden sei, der Verpfänder das Eigenthum nicht mehr gehabt habe. Da ist denn doch gewiß der Schluß gerechtfertigt, daß, wenn das Letztre der Fall gewesen wäre, und das Pfandrecht also konvaleszirt hätte, auch die utilis actio gegen den neuen Eigenthümer statthaft sein müsse) —, sondern dafür entscheidet wohl auch die Analogie der, bekanntlich aktiv und passiv in rem konzipirten, exceptio rei venditae et traditae, die materiell mit unserer utilis actio pign. in augenscheinlich naher Verwandtschaft steht, vgl. auch Arndts, Lehrbuch §. 371. Anm., Dernburg I. S. 261 fgg. Hieraus geht denn auch von selbst hervor, daß wenn der Verpfänder nach dem Eigenthums-Erwerb ein wirkliches Pfandrecht an der Sache konstituirt hat, die utilis pign. actio auch gegen diesen neuen Pfandgläubiger mit Wirksamkeit angestellt werden kann, während freilich, wenn eine wirksame Verpfändung vor der Konvaleszenz geschah (namentlich Verpfändung unter der Bedingung künftigen Erwerbs oder Konstituirung eines Generalpfands), unstreitig die daraus hervorgehende directa actio stets den Vorrang vor unserer utilis actio behaupten muß, und wenn also z. B. Titius ein Grundstück dem A. pure, dem B. aber unter der Bedingung künftigen Eigenthums-Erwerbs verpfändet, und nachher wirklich das Grundstück erworben hat, so ist die directa actio des B. immer stärker, als die utilis actio des A., einerlei, ob zuerst dem A. oder zuerst dem B. verpfändet worden ist. Durch diese aus der Natur der Sache hervorgehende Entscheidung erledigen sich auch von selbst die irrthümlichen Darstellungen von Trotsche a. a. O. S. 87. Note 2 und S. 110. (A. M. ist wieder Dernburg S. 271, der aber meiner Entscheidung mißverständlich ein Motiv unterschiebt, an welches ich auch nicht entfernt gedacht habe — angeblicher Vorzug der directa actio vor der utilis —, und dessen Widerlegung daher auch nicht zutreffend ist).

d) Ueber die Frage, was eintrete, wenn der Eigenthümer Erbe des Verpfänders werde, widerstreiten sich die Gesetze, denn während Paulus in l. 41. de pign. act. (T. 4.) dem Gläubiger die Pfandklage geradezu abspricht, gestattet sie Modestin in l. 22. de pignorib. (T. 3.) eben so deutlich. Man hat hier freilich auf mehrfache Weise zu helfen gesucht. Viele wollen diese Gesetze durch Interpretation in Harmonie bringen. So wollen z. B. manche Aeltere die l. 22. von einer actio pignoratitia contraria, und nur die l. 41. von einer actio hypothecaria verstehen, vgl. z. B. *Balduin.* de pignorib. c. 12, *Donell.* de pignorib. c. 7, *Connan.* comment. jur. civ. lib. IV. c. 13, Westphal, Pfandrecht §. 115. Note 137, während Andre der l. 22. einen Fall unterlegen, wo die Verpfändung blos ohne den Willen des Eigenthümers geschehen, im Gegensatze des Falls in l. 41. cit., wo eine Verpfändung gegen den Willen des dominus vorgekommen sei, vgl. z. B. *P. Faber*, Semestria lib. II. c. 18, *Voet.* comm. ad Pand. lib. XX. tit. 3. §. 5. Dagegen will Büchel, zivilrechtliche Erörtrungen II. S. 15 (2. Aufl. I. S. 132 fgg. Note) die beiden Gesetze

dadurch vereinigen, daß er in l. 41. cit. alles Gewicht auf die Worte *hoc enim modo* legt; Paulus verwerfe nämlich hier gar nicht die Pfandklage gegen den Erben, sondern er behaupte nur, daß sie nicht aus demselben Grunde gegen denselben zu gestatten sei, wie gegen den verpfändenden non dominus, welcher nachher das Eigenthum erlangt habe, denn gegen diesen werde sie wegen seines dolus eingeräumt, wovon doch bei den Erben nicht die Rede sein könne. Ganz anders verfährt Sintenis, pfandrechtliche Streitfragen S. 99 fgg. und Handbuch S. 91 fgg.; dieser nämlich nimmt den Satz der l. 41. als Regel an, und erklärt nun die l. 22. cit., indem er alles Gewicht auf die Worte *ex postfacto* legt, also: wenn auch nachher der Erbe die Verpfändung ausdrücklich oder stillschweigend genehmige, so könne doch nie eine actio directa, sondern immer nur eine actio utilis gegen denselben angestellt werden. Schmidt endlich will in seinen Grundſ. des Pfandr. S. 96 fgg. dadurch helfen, daß er in l. 41. cit. voraussetzt, der Verpfänder habe meine Sache für meine eigene Schuld ohne meinen Willen verpfändet, während in l. 22. cit. der Fall entschieden sei, wenn der Verpfänder meine Sache für seine Schuld verpfändet habe. — Dem Unbefangenen erscheinen jedenfalls diese Erklärungs-Versuche als ungenügend, und eben so wenig kann man auch weder dem Verfahren Mayer's beistimmen, welcher a. a. O. S. 262. durch Konjektural-Kritik helfen will, indem er nämlich in l. 41. cit. die Sätze von non bis exstitero, und von hoc enim bis pecuniam debet in Fragesätze umändert, und statt hoc enim modo pignoris persecut. n. e. c. liest: „haec enim, modo pignoris, p. n. e. c.", noch auch dem Vorschlag von Huschke a. a. O. S. 243 fg., welcher in l. 22. cit. lesen will: „sed *nec* utilis pign. dab. cred.", noch endlich der Konjektur von Büchel, welcher jetzt in der 2. Aufl. seiner Erörtr. Bd. I. S. 278. die l. 41. cit. mit Veränderung der herkömmlichen Interpunktion so lesen will: „— — qui rem meam obligaverat, sine mea voluntate heres exstitero", so daß darin nur der Fall entschieden wäre, wenn der Erbe ex SCto Pegasiano gezwungen die Erbschaft angetreten hätte, während l. 22. cit. von dem Falle freiwilliger Antretung redete. — Gewiß mit Recht geben daher die meisten Juristen den Widerstreit jener beiden Gesetze zu, und sie müssen also beide sich gegenseitig vernichten, und unsre Frage so entschieden werden, als wenn gar kein Gesetz darüber vorhanden wäre, denn die Ansicht des *Cujac.* obss. XIX. 26, dem doch Viele, und namentlich auch Müller a. a. O. S. 501 gefolgt sind, daß man der l. 41. als der neuern den Vorzug einräumen müsse, ist gewiß ungegründet. Soll aber über unsre Frage blos Rechtsanalogie, nicht das spezielle Gesetz entscheiden, so kann man sicher nicht der Ausführung des Paulus beistimmen, wie z. B. *Faber*, conject. XX. 17, *Bachov*, de pignorib. II. c. 4. no. 8, Glück XIV. S. 38, Gesterding, Pfandrecht S. 112, Huschke a. a. O. S. 244 fg., Bachofen I. S. 547 fgg. u. A. m. annehmen, sondern man muß gewiß mit Modestin eine actio utilis zulassen, indem hierfür nicht nur die Analogie des Falls spricht, wenn der Verpfänder selbst nachher Eigenthümer wird, sondern insbesondre entscheiden dafür noch die Grundsätze über die exceptio rei venditae et traditae, l. 1. §. 1. de exc. rei vend. et trad. (21, 3): vgl. auch Trotsche a. a. O. S. 93 fgg., Windscheid a. a. O. S. 439 fgg., Dernburg S. 265 fgg., u. v. A. m. — Giebt man nun aber zu,

daß gegen den Erben eine actio utilis Statt finde, so muß man den Fall, wenn der Erblasser Mehreren hinter einander dieselbe Sache verpfändet hatte, jedenfalls nach denselben Grundsätzen entscheiden, welche in dem bei lit. c. entschiedenen Falle gelten.

e) Wenn ein bonae fidei possessor die Verpfändung vornimmt, so entsteht auch hier eine Art von Pfandrecht, indem die Pfandklage die Natur der actio Publiciana an sich trägt, l. 18. de pignorib. Haften mehrere solcher Pfandrechte an derselben Sache, so haben wir die sehr natürliche Bestimmung, daß, wenn alle Gläubiger ihr Recht von demselben bonae fidei possessor ableiten, die Priorität der Verpfändung entscheide, wenn aber mehrere Auktoren vorhanden sind, der Besitzer den Vorzug haben solle, l. 14. qui potior. in pignor.

Anm. 8. Viele Schwierigkeit hat die Frage gemacht, wann ein Pfandrecht anfange, welches für eine künftige Forderung (die von einer bedingten und betagten, worüber T. 6. u. T. 7. a. E. zu vergleichen sind, wohl zu unterscheiden ist) bestellt wurde, indem hier mehrere Gesetze sich zu widersprechen scheinen, nämlich die l. 1. qui potior. in pign. (T. 9.) auf der einen, und die l. 11. pr. eod. und l. 4. quae res pignori (T. 7 und 8.) auf der andern Seite. Der Inhalt der letzteren Stellen ist klar. Es wird da nämlich von Gaius und Paulus der Satz ausgesprochen, daß ein für die Rückgabe eines mutuum promissum bestelltes Pfand keine Wirkung haben solle, sondern daß das Pfand erst mit der Auszahlung des mutuum anfange, cum in potestate fuerit debitoris, pecuniam non accipere, und daraus wird namentlich in l. 4. cit. der Schluß gezogen, daß, wenn nach dem Versprechen, aber vor der Auszahlung der Verpfänder einige der verpfändeten Sachen verkauft habe, diese nicht von dem Pfandrechte ergriffen würden. In l. 1. cit. dagegen wird von Papinian folgender Fall entschieden: Es verspricht Jemand für eine Frau eine dos [receptitia], und läßt sich für deren Rückgabe ein Pfandrecht bestellen. Nachdem er einen Theil der dos abgetragen, verpfändet der Ehemann dieselben Sachen an einen Andern, und es folgt nun die Zahlung des Rückständigen. Papinian entscheidet, es sollten nicht die Zahlungszeiten in Betracht kommen, sondern der Tag des Kontrakts, cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, — — — nec probe dici, in potestate ejus esse, an pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. Die Glosse ad h. l., *Donell.* de pignorib. c. 12, *Averani* II. c. 12. no. 11. a. A. m. beziehen diese letzten Worte auf den Ehemann, aber jedenfalls mit Unrecht, vgl. auch *Basil.* XXV. 5. 1. Bezieht man sie nun aber, wie man muß, und wie auch von allen neuern Auslegern (mit Ausnahme Tigerström's, röm. Dotalrecht Bd. II. S. 423. Note 1.) angenommen wird, auf den Promittenten, so ist in der l. 1. cit. Alles darauf gestellt, ob es von dem Willen des Gläubigers abhängt, auch nicht Gläubiger zu werden, während in den beiden ersten Stellen Alles darauf gestellt ist, ob es von dem Willen des Schuldners abhänge, Schuldner zu werden oder nicht. Diesen anscheinenden Widerstreit hat man nun auf gar mannigfache Weise aufzuheben gestrebt, vgl. Glück XIX. S. 327 fgg., *Hepp* in diss. cit. p. 96 sqq. und im

Archiv X. S. 280 fgg., Gesterding, Pfandr. S. 38 fgg., Heise und Cropp, juristische Abhandl. II. 15, Sintenis, Handb. S. 358 fgg., prakt. Zivilr. I. §. 74, Huschke in Gieß. Zeitschr. XX. S. 153 fgg., Pfeiffer, prakt. Ausführ. VIII. S. 30 fgg., Windscheid im zivil. Archiv XXXV. S. 60 fgg., Regelsberger a. a. O. S. 33 fgg., Dernburg I. S. 518 fgg., Scheurl in der krit. Vierteljahrsschr. II. S. 497 fgg. Am richtigsten ist wohl gewiß die Meinung, die Gesterding l. c. — in der ersten Auflage lehrte er anders — vertheidigt, daß nämlich jene Stellen sich gegenseitig ergänzen. Aus l. 1. cit. geht nämlich das Prinzip hervor, daß, wenn bei einer künftigen Schuld, für welche schon jetzt im Voraus ein Pfand bestellt ist, der künftige Gläubiger gezwungen werden kann, Gläubiger zu werden, das Pfandrecht von dem Augenblick der kontrahirten obligatio an beginnt, sollte es auch in dem Willen des künftigen Schuldners liegen, Schuldner werden zu wollen oder nicht. Dies ist auch offenbar ganz in der Ordnung, denn es würde ja die schreiendste Unbilligkeit sein, wenn der künftige Schuldner, welcher den Gläubiger in jedem Augenblick zwingen kann, sein Wort zu halten, von seiner Seite zum Nachtheil des Gläubigers die verpfändete Sache veräußern oder weiter verpfänden könnte. Diesem so sehr natürlichen, aus der l. 1. hervorgehenden Resultate widerstreiten nun auch durchaus nicht die l. 11. und l. 4. cit., denn hier werden Fälle entschieden, in denen es in der Macht des künftigen Gläubigers stand, ob er Gläubiger werden wollte, oder nicht, indem bekanntlich nach römischen Prinzipien der Promittent aus einem pactum de mutuo contrahendo nicht zur Zahlung des Darlehns gezwungen werden konnte. Für solche Fälle nun wird in den angeführten Gesetzen die Regel aufgestellt, daß dann, wenn es auch von dem Willen des künftigen Debitors abhänge, ob er Schuldner werden wolle oder nicht, das Pfand erst mit dem Augenblick beginne, in welchem wirklich das Schuldverhältniß zu voller Existenz gekommen sei. Ganz anders würde also jeden Falls die Entscheidung in diesen Gesetzen ausgefallen sein, wenn es sich nicht um ein pactum, sondern um eine stipulatio de mutuo contrahendo gehandelt hätte, und ganz anders muß also h. z. T. auch bei einem blosen pactum de mutuo contrahendo entschieden werden, da jetzt aus einem solchen, nach bekannten Grundsätzen, der Promittent zur Auszahlung des Darlehns verpflichtet ist. — Will man also die Resultate zusammen stellen, so wären es folgende: wenn für eine Schuld, welche jetzt noch nicht vorhanden ist, von der man aber annimmt, daß sie künftig entstehen möchte, ein Pfandrecht konstituirt wird, so muß unterschieden werden:

a) Wenn der künftige Gläubiger gebunden ist, also genöthigt werden kann, durch eine Leistung von seiner Seite Gläubiger zu werden, so fängt stets das Pfandrecht von dem Augenblick der Pfandbestellung, nicht erst von dem der geschehenen Leistung an.

b) Ist der künftige Gläubiger nicht gebunden, aber wohl der künftige Schuldner, so greift dieselbe Entscheidung Platz, vgl. auch l. 9. §. 2. qui potior. in pign., Fitting, Rückziehung S. 40 fgg.

c) Wenn aber weder Gläubiger noch Schuldner gebunden sind, so fängt das Pfandrecht allerdings erst mit dem Moment an, wo das Schuldverhältniß wirklich zur Existenz gekommen ist.

Siehe außer Gesterding cit. auch noch Kropp, Regelsberger, Scheurl a. d. aa. OO., Arndts §. 384. Anm., Windscheid, Lehrbuch §. 242. Note 8.

2) Vom testamentarischen und richterlichen Pfande. §. 373.

Cod. VIII. 22. de praetorio pignore et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat (8, 22); VIII. 23. si in causa judicati pignus captum sit.

1) *Ulp.* l. 23. de pign. act.: Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre saepissime rescripsit. §. 1. Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.

2) *Justinian.* l. 2. C. de praet. pign.: Veteris juris dubitationem decidentes, ad duplum genus hypothecarum respeximus, unum quidem, quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud quod a judicibus datur et Praetorium nuncupatur. Et quum invenimus, in conventionalibus pignoribus vel hypothecis non solum tenentem creditorem adjuvari, sed etiam si ab ea possessione cadat, sive sua culpa, sive non, sive fortuito casu, humanius esse perspeximus, et in praetorio pignore dare recuperationem creditori quocunque modo possessionem amittat, sive culpa sua, sive non, sive fortuito casu. Licet enim debuerat incumbere pignori suo, ne aliquam patiatur jacturam, tamen, ne quid amarum in creditoribus consequatur, benignius causam interpretamur et ei recuperationem donamus.

Anm. 1. Es ist behauptet worden, es gebe gar kein von dem vertragsmäßigen verschiedenes testamentarisches Pfandrecht, weil nicht das Testament, sondern der Quasi-Kontrakt der Erb-Antretung der wahre Grund des s. g. pignus testamentarium sei, vgl. Meißner, vom stillschw. Pfandrecht §. 3. §. 178. H. z. T. wird aber allgemein der Ungrund dieser Behauptung anerkannt, obwohl doch über die Datirung eines solchen Pfandes die Ansichten noch vielfach aus einander gehen. Legt man dabei, wie nothwendig, die Legaten-Theorie zu Grunde, so gelangt man zu folgenden einfachen Sätzen. Wenn der Erblasser an eigenen Sachen ein Pfandrecht legirt hat: so entsteht dasselbe im Augenblicke der Erbschafts-Antretung, nicht schon, wie öfter behauptet wird, im Augenblicke des Todes des Erblassers, ganz so, wie ja auch bekanntlich bei dem Eigenthums-Vermächtniß das Eigenthum erst im Momente der Erbschafts-Antretung auf den Legatar übergeht. Bilden dagegen Sachen des Erben oder fremde Sachen den Gegenstand des legirten Pfandes, so kann das Pfandrecht immer erst entstehen

und also auch datirt werden, wenn die Verpfändung auch wirklich von dem Onerirten bewerkstelligt worden ist. Die häufige Behauptung, daß dann, wenn Sachen des Erben vom Erblasser durch Testament verpfändet seien, von selbst das dingliche Pfandrecht im Augenblicke der Erbschafts-Antretung zur Entstehung komme, ist eben so irrig, als die andre, die ihre Grundlage bildet, daß in solchem Falle, wenn Eigenthum legirt sei, die rei vindicatio unmittelbar für den Legatar begründet sei, vgl. dagegen unten §. 531. Vgl. auch Regelsberger S. 109 fgg., Dernburg I. S. 289 fgg. — (Eine neue, aber gewiß verwerfliche Theorie über das Wesen des testamentarischen Pfandrechts stellte früher Sintenis, Handbuch §. 29. auf. Dasselbe sei nämlich ein wirkliches Konventionalpfandrecht, indem die letztwillige Verfügung nur als der Anfang eines schriftlich eingegangenen Pfandrechts anzusehen sei, der dann durch die nachher erfolgte Acceptation von Seiten des Gläubigers vervollständigt werde! In der That ist schwer einzusehen, wie Sintenis das Wesen des zu einem Vertrage erforderlichen Konsensus so gänzlich verkennen konnte. Es freut mich, jetzt hinzufügen zu können, daß Sintenis seine frühere Meinung zurückgenommen hat; s. dessen prakt. Zivilr. I. §. 71. Note 35). — Uebrigens verdient hier noch, was die Wirkungen des **pignus testamentarium** anbelangt, die Bemerkung besondre Beachtung, daß der, welchem durch Testament ein Pfandrecht konstituirt wurde, in dieser Rücksicht ganz als Legatar angesehen werden muß, woraus sich von selbst ergiebt, daß sein Verhältniß zu chirographischen Gläubigern des Erblassers sich ganz anders gestalten müsse, als dies bei einem auf andere Weise konstituirten Pfandrecht der Fall wäre.

Anm. 2. Ueber das Prätorische Pfand überhaupt vgl. *Schroeder*, de natura et effectibus pignoris praetorii atque judicialis. Marb. 1751, Glück XVIII. S. 251 fgg., Sintenis, Handb. §. 37. 38, Bachofen I. S. 281 fgg., bes. S. 523 fgg., Dernburg I. S. 400 fgg., und über das pignus in causa judicati captum insbesondere *Küstner*, pignus in causa judicati captum. Lips. 1744, Dernburg I. S. 417 fgg. Ueber das Datum dieser Pfandrechte ist zu vergleichen *Hepp* in diss. cit. §. 17. 19.

3) Vom gesetzlichen Pfandrecht.

Dig. XX. 2, Cod. VIII. 15. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. — *Lauterbach*, de pignore tacito, Tüb. 1663, und bes. Meißner, vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte. 2 Theile. Leipzig 1803. Vergl. auch Glück XVIII. S. 393 fgg., XIX. S. 1 fgg., Westphal, Pfandrecht. Kap. 5. §. 73 fgg., Gesterding, Pfandrecht §. 19 fgg., Sintenis, Handb. §. 32 fgg., Dernburg I. §. 35 fgg. S. 291 fgg. — Göschen, Grundr. S. 163 fgg., Vorlesungen II. §. 337 fgg., Puchta, Lehrbuch §. 200 fgg., Rudorff, Grundriß 2. Aufl. §. 182. Anm. 1 und 2.

Im Allgemeinen. §. 374.

Insbesondere:

a) Vom gesetzlichen Pfandrechte am ganzen Vermögen des Schuldners. §. 375.

L. 8. §. 4. 5. C. de secund. nupt. (5, 9) [*Justinian.* Mennae P. P.]: In illo etiam veterem sanctionem adimplentes, praecipimus exemplo matris, cujus res post secundas nuptias filiis ex priore matrimonio natis in hypotheca suppositae sunt, ad conservanda eis lucra, quae ex priore matrimonio ad eam pervenerunt: patris quoque bona, quae habet habiturusque est, filiis ex priore matrimonio natis post secundas ejus nuptias, ad ea conservanda, quae ex eorum matre lucratus est, supposita esse. §. 5. Illius etiam patris, qui in sua potestate talem liberum vel liberos habens, maternam eis substantiam vel ex materna linea ad eos devolutam servare compellitur, bona iisdem liberis supposita esse ad conservandas easdem maternas res decernimus: ita tamen, ut occasione talium hypothecarum neque patris, neque matris administrationem filii valeant perscrutari, vel aliquam eis movere super hoc quaestionem: cum perspicui sit juris, etiamsi alienata fuerint eorum bona, quae extra memorata lucra vel maternas res sunt, jus hypothecae integrum iisdem manere filiis.

Anm. Die generellen gesetzlichen Pfandrechte sind folgende:

1) Der Fiskus (vgl. Pfeiffer, prakt. Ausführ. VIII. 1, Bachofen I. S. 232 fgg., Dernburg I. S. 334 fgg.) hat ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht wegen aller seiner Forderungen, denn allgemein heißt es in l. 46. §. 3. de jure fisci (49, 14): „Fiscus semper habet jus pignoris". Daß doch ein Pfandrecht wegen Steuern und Abgaben, l. 1. C. h. t., l. 1. C. si propter. publ. pensit. (4, 46). und wegen Kontraktsforderungen, l. 2. C. h. t., l. 2. 3. C. de privileg. fisci (7, 73) noch besonders hervorgehoben wird, kann kein Grund sein, dasselbe darauf zu beschränken, so wie auch die besondre Ausnahme in Betreff der Strafgelder, l. 17. 37. de jure fisci, l. un. C fiscalib. poen. creditores praeferri (10, 7), die Regel als Regel nicht aufhebt, obgleich freilich die bei Weitem meisten Juristen (namentlich auch Dernburg S. 340 fgg.) a. M. sind; vgl. aber dagegen v. Schröter in der Gieß. Zeitschr. I. S. 336 fgg., Mühlenbruch, Lehrbuch §. 310. Note 4, Puchta, Lehrbuch §. 200, Sintenis, Handb. S. 309, Rudorff a. a. O. S. 180, Burchardi, Lehrbuch II. §. 199. S. 545, Windscheid, Lehrbuch §. 232. Note 1. Das

besondere Recht des Fiskus in Betreff der primipili l. 4. C. in quib caus. pign. (8, 15), l. 3. C. de primip. (12, 63) fällt h. z. T. von selbst hinweg. Streitig ist noch:

a) wann das Pfandrecht in Betreff der Steuern und Abgaben anfange? Die Meisten sehen auf den Augenblick, in welchem die Steuern aufgelegt sind, vgl. z. B. Glück XIX. S. 63, *Hepp* in diss. cit. p. 20, während Andere den Moment der Fälligkeit als entscheidend annehmen, Wening, Lehrbuch I. §. 168, Göschen, Vorles. II. S. 342, Rudorff a. a. O., Windscheid, Lehrbuch §. 244. Note 5. Beides ist wohl irrig; sondern es müssen hier gewiß die Grundsätze von betagten Forderungen entscheiden, und man kann also nur sagen: das Pfandrecht nimmt seinen Anfang in dem Augenblicke, in welchem für den Pflichtigen die obligatio entsteht, also z. B. bei Realsteuern in dem Augenblicke, in welchem die steuerpflichtige Sache erworben ist, bei Personalsteuern mit dem Moment, in dem der Pflichtige in die Lage kommt, dergleichen Steuern bezahlen zu müssen, vgl. auch Schröter a. a. O. S. 339, Sintenis S. 378, Pfeiffer a. a. O. S. 32 fgg., Dernburg S. 351.

b) Ob das gesetzliche Pfandrecht nur dann Platz greife, wenn die Forderung bei dem Fiskus entstanden sei, oder auch bei zedirten Forderungen? Da es Regel ist, daß der Zessionar zwar die Privilegien des Zedenten, nicht aber seine eignen zur Anwendung bringen dürfe, so müßte für den Fiskus, wenn er sein gesetzliches Pfandrecht auch bei einer zedirten Forderung anwenden soll, eine besondre Ausnahme durch das Gesetz eingeführt sein. Man beruft sich nun freilich hierfür auf l. 6. de jure fisci (49, 14), vgl. z. B. *Bachov*, de pignorib. lib. I. cap. 9. no. 1, Gesterding, Pfandr. §. 21, Fritz, Erläutrungen II. S. 430, und bes. Mühlenbruch, Zession. 3te Aufl. S. 578 fgg., aber dort ist doch wohl unter dem Privilegium nur das häufig per eminentiam s. g. privilegium exigendi verstanden, und überdies spricht für die richtige Meinung auch noch l. 25. de pignor. und l. 3. §. 7. de jure fisci, Meißner a. a. O. §. 109, Glück XIX. S. 69 fgg., v. Schröter a. a. O. S. 337, Sintenis, Handb. S. 312, Bachofen I. S. 237 fgg. Note 19. Wenn jetzt Dernburg S. 343 fgg. die l. 6. cit. doch auf das Legalpfand bezieht, und die Entscheidung Ulpian's dadurch rechtfertigen will, weil die da erwähnte — offenbar einseitig vom Gläubiger bewerkstelligte — relatio inter nomina debitorum eine Novation begründet habe, so fehlt es für diese letztere Behauptung an innern und an äußeren Gründen.

c) Daß das gesetzliche Pfandrecht des Fiskus auch dem Regenten und seiner Gemahlin zusteht, ist gewiß l. 6. §. 1. de jure fisci, daß es aber, wie eine häufige Praxis will, auch den Städten wegen städtischer Abgaben, und an den Gütern ihrer Administratoren einzuräumen sei, ist eine durch l. 2. C. de debitorib. civit. (11, 32) durchaus nicht unterstützte Behauptung, denn hier kommt nur die allerdings sehr singuläre Bestimmung vor, daß dann, wenn ein debitor civitatis Sachen veräußert hat, und insolvend geworden ist, die Besitzer solcher veräußerten Sachen der Kommune verhaftet sein sollen, und zwar nach dem Verhältniß, in welchem die veräußerte Sache zu dem Totalbestande des Vermögens im Augenblick der kontrahirten Schuld steht; vgl. auch Glück cit. S. 83 fgg., Dernburg S. 355 fgg.

2) Ein generelles gesetzliches Pfandrecht steht auch — und zwar nicht erst seit Konstantin, wie öfter und auch wieder von Dernburg S. 357 fgg. behauptet wird, denn s. l. un. C. rem alienam gerentibus (4, 53) [Sever. et Antonin.] und allenfalls l. 10. in quib. caus. pign. tac. (20, 2) [Scaevola], vgl. Huschke in der Gießer Zeitschr. XX. S. 158 fgg. Note und Bachofen I. S. 267 — den Unmündigen und Minderjährigen an dem Vermögen ihrer Tutoren und Kuratoren zu, und Justinian dehnte dasselbe auch auf Wahnsinnige aus, l. 20. C. de adm. tut. (5, 37), l. 7. §. 5. 6. C. de cur. fur. (5, 70). Die Mutter oder Großmutter muß jedoch vor Uebernahme der Vormundschaft ihr gesammtes Vermögen ausdrücklich verpfänden, l. 3. C. quando mulier. (5, 35), Nov. 94. c. 1. und ein gesetzliches Pfandrecht an ihrem Vermögen tritt erst dann (a. M. Dernburg S. 365 fgg.) ein, wenn sie ohne Rechnung abzulegen, zu einer zweiten Ehe schreitet, Nov. 22. c. 40, in welchem Falle sogar auch an dem Vermögen ihres zweiten Mannes ein gesetzliches Pfandrecht begründet wird, l. 2. C. quando mulier, l. 6. C. in quib. caus. pign. tac. contr. (8, 15), Nov. 22. c. 40, vgl. Emmerich in Gießer Zeitschr. III. S. 225 fgg. und Rudorff, das Recht der Vormundschaft I. S. 262. — Daß jenes gesetzliche Pfandrecht auch anderen Bevormundeten außer den genannten zustehe, wird zwar häufig behauptet, s. z. B. Glück XIX. S. 147 fgg., Sintenis, Handbuch S. 336 fgg., aber gewiß mit Unrecht, da jura singularia nicht analog auszudehnen sind; wohl aber muß man es den Erben zugestehen, obwohl es in den Gesetzen nicht besonders hervorgehoben, und darum von Vielen geleugnet wird, wofür man sich noch besonders auf die Analogie vom privilegium exigendi der Bevormundeten beruft. Da aber im Zweifel alle Rechte und namentlich auch Pfandrechte vererbt werden, so müßte für das Gegentheil ein besondres Gesetz vorhanden sein, und für ein solches kann man in unsrem Falle die Bestimmung über das privilegium exigendi nicht ansehen, da Schlüsse von einem Privilegium auf das andre unstatthaft sind, Glück cit. S. 160 fgg., Dernburg S. 372 fgg. Eben so muß man aber auch gewiß dieses Pfandrecht in Betreff der Protutoren zugestehen. Da nämlich bei diesen der Grundsatz gilt, daß sie regelmäßig ganz so wie Tutoren zu behandeln sind, ihren Rechten, wie ihren Verbindlichkeiten nach, so muß schon dann eine von den Tutoren redende Verordnung auch auf Protutoren angewendet werden, wenn dieselben nicht besonders ausgeschlossen sind. In unserm Falle muß dies um so mehr angenommen werden, da gerade bei Protutoren eine Sicherstellung der Pupillen noch viel dringender erforderlich ist, als bei den Tutoren selbst, und also eine Erstreckung auf jene gewiß in der Absicht des Gesetzgebers begründet ist, vgl. Glück cit. S. 155 fgg., Gensler im Arch. für civ. Praxis I. S. 399, Seuffert, Erörtr. II. S. 5 fgg., Sintenis, Handb. S. 337 fgg., Dernburg S. 366 fgg. — Streitig ist es endlich auch noch, wann dieses gesetzliche Pfandrecht anfange. Namentlich behauptet Rudorff a. a. O. III. S. 91. und Grundriß S. 181. wegen l. 37. pr. de adm. tut., dasselbe beginne mit dem einzelnen Akt, aus welchem die Verbindlichkeit des Vormunds entspringe, während die herrschende Lehre, und mit größerem Recht, dahin geht, daß dasselbe dann anfange, wenn der Vormund die Administration übernehme, oder hätte übernehmen müssen, vgl. l. 20. C. de administr. tutor.

und besonders l. 6. §. 4. C. de bonis, quae liberis (6, 61), Glück cit. S. 144 fgg., *Hepp* in diss. cit. p. 21 sqq., Huschke in Gießer Zeitschrift XX. S. 157 fgg., Dernburg S. 371 fgg. Das Pfandrecht an dem Vermögen des Stiefvaters kann dagegen gewiß erst von dem Augenblick der geschlossenen Ehe an datirt werden, vgl. *Hepp* cit. p. 25 und im Archiv X. S. 267 fgg.

3) Auch den Kindern steht ein generelles gesetzliches Pfandrecht zu an dem Vermögen des conjux binubus wegen der dadurch an die Kinder erster Ehe fallenden lucra nuptialia, und zwar fängt dieses Pfandrecht vermöge besonderer gesetzlicher Bestimmung nicht erst mit dem Abschluß der zweiten Ehe, wie *Hepp* in diss. cit. p. 26. annahm, sondern schon mit dem Augenblick an, in welchem die lucra an den parens gefallen sind, l. 6. §. 2, l. 8. §. 4. C. de secund. nupt. (5, 9), vgl. auch Hepp im Archiv X. S. 270 fgg., Huschke a. a. O. S. 159 fgg. Was den Sen 5. der zuletzt zitirten Verordnung anbelangt (T. 1) so verstand man denselben vor v. Löhr's Abhandlung im Archiv für ziv. Prax. IX. 4. stets so, es solle solchen Kindern, d. h. Kindern aus der früheren Ehe, auch ein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen ihres Hausvaters zustehen, wegen der von der Mutter oder mütterlichen Aszendenten an sie gefallenen Güter, welche der Vater im Nießbrauch und in der Administration habe. Ganz anders dagegen faßt jetzt Löhr cit. diesen Sen auf, den man überhaupt seiner Ansicht nach besser als Schluß des vorigen Sen, denn als neuen Sen betrachten soll. Er leugnet nämlich durchaus, daß darin ein neues gesetzliches Pfandrecht eingeführt sei, sondern es sei da noch immer von dem in dem vorhergehenden Sen 4. besprochenen Pfandrecht wegen der lucra nuptialia die Rede, und der Zweck des §. 5. sei nur, hervorzuheben, daß dieses Pfandrecht auch dann Platz greifen solle, wenn die Kinder noch in väterlicher Gewalt ständen. Gegen diese Ansicht erklärten sich sogleich Mayer in Tüb. krit. Zeitschr. II. S. 110. und Puchta in Erlang. Jahrb. V. S. 280, während Thibaut in Braun's Erörtr. S. 578 sich dafür aussprach, und auch Löhr in einer zweiten Abhandlung seine frühere Ansicht vertheidigte, Arch. X. Nr. 17. Die herrschende Lehre, die jetzt auch wieder Fritz, Erläutrungen II. S. 432 fgg., Sintenis, Handbuch S. 329 fgg. und Dernburg S. 376 fgg. in Schutz nehmen, und die auch noch immer von den meisten vertheidigt wird, vgl. z. B. die Lehrbb. von Mühlenbruch §. 310, Mackeldey §. 319, Wening §. 168, Schilling §. 213, Schweppe, Handbuch §. 348, Göschen §. 338, Puchta §. 200, Roßhirt §. 311, Burchardi §. 199, Rudorff S. 181, Arndts §. 373, Brinz §. 84, Windscheid §. 232. Not. 9, hat gewiß die meisten Gründe für sich, denn gegen Löhr sprechen entscheidend die Worte: maternam substantiam vel ex materna linea ad eos devolutam. Löhr versteht darunter eben die Güter, welche von der verstorbenen Mutter dem überlebenden Vater hinterlassen waren, die lucra prioris matrimonii, aber dies geht schon darum nicht an, weil dann nicht von einer substantia ad eos, sc. liberos, sondern nur, wie im §. 3. von einer substantia ad eum, scil. patrem, devoluta die Rede hätte sein können. Ueberdies aber hätte dann auch durchaus nur von einer materna substantia, nicht aber auch noch von einer substantia ex materna linea geredet werden dürfen. Diese letzteren Worte sind mit Löhr's Ansicht wahrhaft unvereinbar. Ferner aber werden auch gegen Ende unseres Sen,

wo von beiden Pfandrechten, sowohl dem in §. 4, als dem in dem §. 5. eingeführten die Rede ist, neben einander gestellt die **memorata lucra vel maternae res** zum sichern Zeichen, daß die **maternae res** des §. 5. nicht identisch sind mit den **lucra** des §. 4, woraus dann weiter von selbst hervorgeht, daß wirklich von zwei verschiedenen Pfandrechten in den beiden §en die Rede ist. Am Ende des §. 5. von den Worten: **ita tamen** an, ist dann auch eine für beide gemeinschaftliche Bemerkung hinzugefügt, und daß hier wirklich von zwei verschiedenen Pfandrechten gesprochen ist, geht auch noch insbesondere aus den Worten ***talium hypothecarum*** hervor. — Wenn man nun aber hiernach der herrschenden Lehre beitreten muß, so ist es doch noch streitig:

a) Ob auch bei dem Pfandrechte wegen der **bona materna** eben so, wie bei dem wegen der **lucra nuptialia** eine zweite Ehe des Vaters vorausgesetzt werde? Die bejahende Antwort scheint hier die richtige zu sein, denn die ganze Konstitution hat den Fall der zweiten Ehe vor Augen, und namentlich steht der §. 5. mit §. 4, in welchem durchaus **secundae nuptiae** vorausgesetzt werden, in der engsten Verbindung, wie schon aus dem ***talem liberum***, und insbesondre auch noch daraus hervorgeht, daß die beiden Pfandrechte am Ende der Konstitution zusammengefaßt werden. Ueberdies aber ist es auch leicht erklärlich, daß man nur im Falle einer zweiten Ehe die Kinder gegen den Vater zu schützen suchte.

b) Ob man unter den **bona ex materna linea ad liberos devoluta** auch diejenigen Güter verstehen müsse, welche von mütterlichen Seitenverwandten auf die Kinder gekommen sind? Dies ist sicher zu verneinen, da zur Zeit dieses Gesetzes solche Güter noch gar nicht in das s. g. **pecul. adventitium**, also in die Proprietät der Kinder fielen, sondern dem Hausvater erworben wurden. Es ist also, da eine spätere Erweiterung des Pfandrechts nicht vorgekommen ist, dasselbe durchaus nur in Betreff der Güter anzunehmen, welche von der Mutter selbst, oder von mütterlichen Aszendenten auf die Hauskinder vererbt sind.

Uebrigens hat Justinian neben diesen beiden Pfandrechten der Kinder an dem Vermögen des **conjux binubus** wegen der **lucra nuptialia** und an dem Vermögen des **paterfamilias binubus** wegen der **bona materna**, noch ein drittes eingeführt, nämlich an dem Vermögen des überlebenden **parens** wegen derjenigen **lucra**, deren Proprietät ihnen nach Vorschrift des neuesten römischen Rechts, sogleich bei dem Tode des anderen **parens**, oder bei der Scheidung zufällt, und auf eine zweite Ehe kommt es hierbei durchaus nicht an, Nov. 98. c. 1. verb.: **tunc in successionibus et *aliis accessionibus* ita et in his erit, sicut et in prioribus sancitum est filiis, qui propter nuptias parentum lucrum aliquod ex legibus sunt potiti.** Vgl. Marezoll in Gießer Zeitschrift III. S. 84 fgg. Die Einwendungen, die Heimbach in der Gießer Zeitschrift XVI. S. 57 fgg. und Dernburg S. 379 fgg. hiergegen vorgebracht haben, scheinen mir nicht entscheidend zu sein; denn wenn auch das „**et aliis accessionibus**“ wirklich nur eine fehlerhafte Uebersetzung der Vulg. wäre, und es vielmehr in Gemäßheit des griechischen Original-Textes („καὶ τῶν ἄλλων προχωρήσεων“) heißen müßte: **et aliis *transmissionibus*** — was ich übrigens noch keineswegs für bewiesen halte —: so stützt sich Marezoll's Ansicht nicht auf diese Worte allein, sondern

aus der Tendenz des ganzen Gesetzes geht mit Sicherheit hervor, daß der Kaiser hier Alles, was in Betreff derjenigen lucra Rechtens ist, welche wegen zweiter Ehe des parens an die Kinder fallen, auch auf diejenigen lucra angewendet wissen will, deren Proprietät in Gemäßheit dieses Gesetzes sogleich den Kindern erworben sein soll; vgl. auch Windscheid, Lehrbuch §. 232. Note 8.

4) Der orthodoxen (Nov. 109.) Ehefrau steht ein gesetzliches generelles Pfandrecht an dem Vermögen des Mannes zu:

a) wegen Zurückgabe der dos, l. un. §. 1. C: de rei uxor. act. (5, 13), §. 29. J. de act. (4, 6). In Betreff der Datirung gelten hierbei die allgemeinen Grundsätze, und dasselbe fängt also mit dem Augenblick der gemachten Versprechung an, obwohl dies gar sehr bestritten ist, vgl. Meißner §. 168, Glück XIX. S. 122 fgg., Seuffert, Erörtr. II. S. 113, *Hepp* diss. cit. p. 34 sqq., Göschen §. 338. S. 343, Sintenis, Handbuch S. 380 fgg., Dernburg S. 391 fgg. Uebrigens steht dieses Pfandrecht nicht nur der Frau, sondern allen denjenigen zu, welche durch Justinian die neue actio ex stipulatu erhalten haben, also auch den Erben der Frau, und ihrem Vater, obwohl freilich Manche, und unter den Neueren namentlich Tigerström, Dotalr. II. S. 376, a. M. sind; vgl. aber die zitt. Gesetze und etwa Löhr in Gießer Zeitschrift I. S. 235 fgg.;

b) wegen der Paraphernalien, sofern der Mann ausstehende Kapitalien einzog, und zwar fängt dieses Pfandrecht vom Augenblick der Einziehung an, l. 11. C. de pact. conv. (5, 14); über eine angebliche weitergehende Praxis vgl. Dernburg S. 393. und die da Angeff.;

c) wegen der donatio propter nuptias, von der Zeit der Aussetzung derselben an. Zwar stellen Manche die Existenz dieses gesetzlichen Pfandrechts in Abrede, vgl. *Reinharth*, de uxore in donatione propter nupt. neque dominium neque hypothecam tacitam habente. Erf. 1729, und unter den Neueren Tigerström cit. S. 380. Note 20, aber gewiß mit Unrecht, vgl. l. 12. §. 2. C. qui potior. in pign. (8, 18) und bes. Nov. 109. c. 1. verb. in donationibus autem propter nuptias rel., vgl. auch Glück XIX. S. 127 fgg.

Kontrovers ist noch a) ob auch der Braut und der putativen Ehefrau diese gesetzliche Hypothek zustehe? Beides wird von manchen Aelteren, und auch unter den Neueren wieder von Tigerström cit. S. 377, 401 fgg., Sintenis S. 316 fgg. und Puchta §. 200. not. w. bejaht, aber gegen das Prinzip, daß jura singularia keine analoge Ausdehnung zulassen, vgl. Glück a. a. O. S. 97 fgg., Dernburg S. 386 fgg.; b) ob diese Hypothek auch der Jüdin einzuräumen sei? Bejaht wird dies unter den Neueren besonders von Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Bd. III. S. 209 fgg., Schloß, die Dotalprivilegien der Jüdinnen, Gieß. 1856, Dernburg S. 388 fgg., s. auch Puchta cit. not. x, aber gewiß gegen die richtig verstandene Nov. 109, vgl. auch Glück a. a. O. S. 111 fgg.. Seuffert, Erörterungen II. S. 113 fgg., Fritz, Erläuterungen II. S. 437 fgg., Tigerström a. a. O. S. 304 fgg., Sintenis S. 322 fgg.

5) Auch dem Ehemanne steht wegen Entrichtung der dos und etwaiger Eviktionsleistung ein generelles gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen dessen zu, welcher die dos zu entrichten hat, ohne daß man mit Vielen einen Unterschied

machen darf, ob die Verbindlichkeit zur Entrichtung durch Gesetz oder durch besonderes Versprechen begründet wurde, l. un. §. 1. C. de rei uxor. act. Daß auch die Ehefrau ein gesetzliches Pfandrecht wegen Entrichtung der Dos habe, wie z. B. Sintenis S. 313 behauptet, ist gewiß irrig, und unbegreiflich ist die Behauptung, „daß gerade dieses Pfandrecht ausdrücklich in der l. un. cit. angeführt werde, das Pfandrecht des Ehemanns aber nur aus allgemeinen Andeutungen und Redewendungen geschlossen werden könne"! — Die Datirung dieses Pfandrechts muß nach allgemeinen Grundsätzen bestimmt werden, und es fängt demnach in dem Moment an, in welchem die Verbindlichkeit zur Dotirung begründet ist. Doch ist auch dies nicht außer Streit, vgl. z. B. Glück XIX. S. 92, *Hepp* dis. cit. p. 41 sqq., Göschen §. 338. S. 345, Sintenis, Handbuch S. 378 fgg., Dernburg S. 395.

6) Wenn einem Wittwer oder einer Wittwe Etwas sub conditione viduitatis hinterlassen wird, so steht dem Rückerwerber (vgl. Vermehren im civ. Arch. XIII. S. 37 fgg.) ein gesetzliches generelles Pfandrecht an dem Vermögen des Honorirten wegen Restitution für den Fall der übertretenen Bedingung zu. In neuerer Zeit hat besonders Marezoll im Magazin von Grolmann und Löhr IV. Abh. 11. No. 9. ganz die Existenz dieses Pfandrechts geleugnet, und obwohl ihm Mayer in Tüb Zeitschrift II. S. 115 fgg. und später Kämmerer in Gießer Zeitschrift VI. Abh. 7. widersprochen haben, so hat er doch seine Meinung von Neuem vertheidigt in Gießer Zeitschrift VI. Abh. 8, vgl. auch Thibaut in Braun's Erörtr. S. 580, wogegen sich nachher wieder Fritz, Erläuterungen II. S. 442 fgg. erklärt hat. Es hängt bei dieser Kontroverse Alles von der Erklärung der Nov. 22. c. 44. ab. Hier werden nämlich neue Bestimmungen für den Fall gegeben, wenn Jemanden Etwas unter der Bedingung nicht wieder zu heirathen, hinterlassen wird. Unter Anderen soll der Bedachte das Hinterlassene nicht anders empfangen, als wenn er ein eidliches Versprechen leistet, und sein Vermögen dafür verpfändet — — —, daß er im Falle einer zweiten Ehe das Empfangene nebst den Früchten restituiren wolle. An der Stelle der Gedankenstriche kommen in der Novelle die Worte vor: τοῦτο ὅπερ καὶ σιωπηρῶς ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου δίδομεν (hoc quod et tacite ex hac lege damus), und diese Worte sind es, aus denen man bisher ein gesetzliches generelles Pfandrecht abgeleitet hat. Ganz anders aber versteht Marezoll a. a. O. dieselben. Er geht nämlich davon aus, daß vor dieser Novelle nach der lex Julia Miscella die Wittwe das ihr unter einer solchen Bedingung Hinterlassene, wenn sie nicht im ersten Jahre geschworen habe, sie heirathe liberorum quaerendorum causa, nur dann habe erhalten können, wenn sie das Versprechen abgelegt habe, nicht wieder zu heirathen. An die Stelle dieses Versprechens setze nun der Kaiser in Nov. 22. c. 44. das andere vorher erwähnte, und auf diese wichtige Veränderung mache er in den fraglichen Worten aufmerksam. Man müsse nämlich τοῦτο noch zu dem Vorhergehenden ziehen, und es mit ita oder hac formula übersetzen, und den Zwischensatz erst mit ὅπερ anfangen lassen, so daß die Stelle folgender Maaßen zu übertragen sei: „der Empfang des Hinterlassenen soll nicht anders gestattet sein, als wenn der Empfänger ein eidliches Versprechen ausstellt und sein Vermögen dafür verpfändet, dahin (wie wir ihm stillschweigend [nämlich mit

Aufhebung der vorher gebräuchlichen anderen Formel] durch dieses Gesetz gestatten), daß er im Falle einer zweiten Ehe das Empfangene nebst den Früchten restituiren wolle". So scharfsinnig aber auch diese Interpretation ist, so muß man sich doch dagegen erklären und der herrschenden Lehre beistimmen. Marezoll geht nämlich dabei von zwei nicht zu billigenden Voraussetzungen aus: einmal nimmt er an, daß nach der Vorschrift der **lex Julia Miscella** ein Versprechen der Frau nöthig gewesen sei, nicht wieder zu heirathen, was ganz unerwiesen ist, und zweitens setzt er voraus, daß sich die **Nov. 22.** unmittelbar an jene **lex Julia** anschließe, was geradezu falsch ist, denn schon in **l. 2. C. de indicta viduitate ex lege Julia Miscella tollenda (6, 40)** hatte Justinian jene früheren Bestimmungen aufgehoben und vielmehr verordnet, daß die ganze Bedingung wie gar nicht hinzugefügt betrachtet werden solle. Da nun also unmittelbar vor der Nov. 22. gar keine Versprechungen von Seiten der Wittwe vorkamen, so konnte auch Justinian nichts daran verändern, womit von selbst Marezoll's Erklärung der fraglichen Worte zusammenfällt. In der That geben aber auch dieselben nach der herrschenden Interpretation, ohneractet der Einwendungen Marezoll's einen recht passenden Sinn, und man muß also gewiß die Existenz eines stillschweigenden Pfandes in einem solchen Falle zugeben, vgl. auch *Athanas. Scholast.* Nov. Just. tit. X. const. 2. (in Heimb. *Ἀνεκδ.* I. p. 120): *„καὶ ὑποτιθέσθω ἐπὶ τούτῳ τὰ οἰκεῖα πράγματα, εἰ καὶ σιωπηρῶς ὑπόκεινται ἐκ τοῦδε τοῦ νόμου“* (et oppignerato propter hoc res suas, *etsi tacite obligatae sunt ex hacce lege)*, und *Theodor. Hermop.* Breviar. Nov. 22. c. 44, in Zachariae *Ἀνεκδ.* p. 40. (s. auch Basil. XXVIII. 14. 1, ed. Heimb. schol. 29. tom. III. p. 335, ed. Fabr. schol. y tom. IV. p. 493 sqq., s. auch Heimb. *Ἀνεκδ.* I. p. 235): *„ὑποτιθέμενος τὰ ἑαυτοῦ, κἂν τὰ μάλιστα σιωπηρῶς ὑπόκειται“* (obligans bona sua, licet vel maxime tacite obligata sint), vgl. Heimbach in der Gießer Zeitschrift XVI. S. 33 fgg. Mit größtem Rechte nimmt daher auch noch h. z. T. die Mehrzahl der Juristen unbedenklich ein gesetzliches Pfandrecht an, s. z. B. außer den schon Angeff. auch noch Mühlenbruch §. 310, Wening §. 168, Mackeldey §. 313, Schweppe §. 348, Schilling §. 213, Puchta §. 200, Göschen §. 338. a. E., Sintenis S. 338 fg., Rudorff S. 182, Burchardi §. 199. g. E., Arndts §. 373, Brinz §. 84. S. 331, Keller §. 196, Dernburg S. 398 fgg., Windscheid §. 232. Note 16. u. A. m. Dasselbe beginnt allgemeinen Grundsätzen nach nicht sowohl mit dem Augenblick des wirklich entrichteten Vermächtnisses, wie z. B. *Hepp* in diss. cit. p. 50. annimmt, sondern mit dem Moment, in welchem die Verbindlichkeit des Onerirten begründet ist, also mit dem **dies legati cedens.**

7) Endlich hat auch die Kirche ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen ihres Emphyteuta, wegen etwaiger Deteriorationen, Nov. 7. c. 3. §. 2, und zwar fängt dasselbe gewiß nicht von dem Augenblick der Deterioration, wie *Hepp* cit. p. 49. und im Arch. X. S. 272 fgg. und Sintenis S. 383. annehmen, sondern nach allgemeinen Grundsätzen von dem Augenblick der übernommenen (nicht gerade der konstituirten) Emphyteuse an.

b) An einzelnen Sachen des Schuldners. §. 376.

1) *Ulp.* l. 11. §. 5. de pignorat. act.: Solutam pecuniam accipiendum, non solum, si ipsi, cui res obligata est, sed et si alii sit soluta voluntate ejus, vel ei, cui heres exstitit, vel procuratori ejus, vel servo pecuniis exigendis praeposito. Unde si domum conduxeris, et ejus partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pignoratitia adversus te potero experiri. Nam Julianus scribit, solvi ei posse, et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum. Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxi; non enim credibile est hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenerentur. Videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria.

2) *Marcian.* l. 5. pr. in quib. caus. pign. (20, 2): Pomponius libro XIII. variarum lectionum scribit, si gratuitam habitationem conductor mihi praestiterit, invecta a me domino insulae pignori non esse.

Anm. Die speziellen gesetzlichen Pfandrechte sind folgende:

1) Das, so viel wir wissen, älteste stillschweigende Pfand, dessen schon **Neratius Priskus** unter Trajan und Hadrian erwähnt, l. 3. 4. in quib. caus. pign. tac., ist das, welches dem Vermiether eines praedium urbanum an den Invekten und Illaten, und dem Verpachter eines praedium rusticum an den Früchten zusteht. Die Begriffe von praedia urbana und rustica sind aber hier so zu fassen, daß unter den erstern nicht nur Gebäude, sondern überhaupt alle Grundstücke verstanden werden, bei deren Miethe nicht die Fruchtziehung der Zweck ist, l. 4. §. 1. in quib. caus. pign. tacite, l. 14. §. 3. de alim. et cibar. legat., l. 211. de V. S. Uebrigens kommt es stets nur auf die Natur der Hauptsache an, so daß also von keinem stillschweigenden Pfand an den Invekten und Illaten die Rede sein kann, wenn principaliter Grundstücke verpachtet sind, auf welchen sich auch Gebäude als Accessorien befinden, und umgekehrt das Pfandrecht an den Früchten wegfällt, wenn principaliter ein Haus vermiethet wurde, bei dem sich nur etwa ein Gärtchen als Nebensache befand, l. 198. de V. S., vgl. l. 91. §. 5. de legat. III. Was nun noch insbesondre

a) das gesetzliche Pfandrecht an den **Invekten** und **Illaten** (d. h. denjenigen res mobiles oder sese moventes, welche dem Konduktor eigenthümlich zustehen, und zu dem Zweck eingebracht sind, ut ibi perpetuo sint, l. 32. de pignorib., l. 7. in quib. caus. pign. tac.) anbelangt (vgl. **Schwarze** und **Heyne**, Untersf. prakt. wichtiger Materien Nr. 9. S. 124 fgg.), so kommt dasselbe durchaus nur dem Vermiether eines praed. urbanum, und zwar nur

wegen solcher Forderungen zu, die aus dem Miethkontrakt entspringen, und also mit der actio locati verfolgt werden können, l. 2. 4. 7. in quib. caus., und wo auch bei einem praedium rusticum von einem solchen Pfandrecht die Rede ist, wird dasselbe stets als ein konventionelles aufgeführt, vgl. §. 3. J. de interdict., l. 32. de pignorib., l. 11. §. 2. qui potior. in pign., l. 5. C. in quib. aus. pign. Wenn doch Viele seit der Glosse wegen der l. 5. C. de locato a. M. sind, so ist schon oben bemerkt worden, daß hier nicht von einem gesetzlichen Pfandrechte die Rede ist, (§. 372. Anm. 1). Es kann aber dieses Pfandrecht nicht eher seinen Anfang nehmen, als bis wirklich der Miether die Sachen in das gemiethete Gebäude eingebracht hat, denn dies geht theils schon aus der grammatischen Interpretation der Gesetze hervor, indem dort nicht ein pignus in inferendis et invehendis, sondern in invectis et illatis erwähnt wird, theils daraus, daß hier die Einbringung ganz in der Willkür des Schuldners steht, und also das ganze Pfandrecht von einer Potestativ-Bedingung abhängig ist, theils aus l. 11. §. 2. qui potior. in pign., denn was da von einem Konventionalpfand an den Invekten und Illaten gesagt ist, muß nothwendig auch auf das gesetzliche angewendet werden, vgl. Glück XVIII. S. 420 fgg., Gesterding S. 192, *Hepp* diss. cit. p. 53 sqq., und die an diesen Orten Angeff., s. auch Sintenis S. 374, Schwarze und Heyne a. a. O. S. 135 fgg., Dernburg S. 304 fgg. — Ist das Pfandrecht einmal begründet, so produzirt es alle gewöhnlichen Wirkungen, nnd namentlich dauert es so lange fort, bis der Miether alle seine Miethverbindlichkeiten erfüllt hat, ohne daß eine Veräußerung hieran etwas ändern könnte. Doch aber sind Viele, vgl. Glück a. a. O. S. 422 und die da Angeff., a. M., indem sie dieses Pfandrecht vielmehr als ein qualifizirtes Retentionsrecht ansehen, und demgemäß die actio hypothecaria gegen den dritten Besitzer nur dann gestatten, wenn die Veräußerung geradezu in fraudem creditoris oder zu einer Zeit geschehen sei, wo der Vermiether schon auf sein Retentionsrecht provozirt habe. Offenbar aber kann die Vorschrift in l. 9. in quib. caus. pign., wornach der Miether eingebrachte Sklaven giltig manumittiren darf, nicht weiter ausgedehnt werden, da in favorem libertatis gar manche singuläre Bestimmungen eintraten, und eben so wenig läßt sich diese Meinung durch Stellen begründen, in denen von einer retentio der Invekten die Rede ist, l. 34. de damno infecto, l. 1. §. 5. de migrando, denn in den bei Weitem meisten Fällen wird sich allerdings faktisch unser Pfandrecht nur als eine Retention der wirklich noch im Besitz des Miethers befindlichen Sachen herausstellen; vgl. auch Schwarze und Heyne a. a. O. S. 131 fgg., Dernburg S. 296 fgg.

Wenn der Miether das praedium urbanum veraftermiethet, so ist zunächst soviel gewiß, daß die einmal inferirt gewesenen Sachen des ersten Miethers noch immer auch für die spätere Zeit verhaftet bleiben, denn das Obligations-Verhältniß zwischen dem ersten Miether und Vermiether ändert sich ja gar nicht. Eben so gewiß ist es aber auch ferner, daß der Aftervermiether das gewöhnliche gesetzliche Pfandrecht an den Invekten und Illaten des Aftermiethers bis zum Belauf der Aftermiethsumme hat. Zu diesen sich von selbst verstehenden Sätzen gesellt sich aber noch ex speciali legis dispositione ein dritter, nämlich, daß der erste Vermiether ein subpignus an den dem zweiten Vermiether verpfändeten

Sachen hat, und diese haften ihm also bis zum Belauf des Aftermiethzinses (T. 1. und 2). Freilich haben neuerlich Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 25 fgg. und Huß in Gießer Zeitschrift XVII. 12. dieses gesetzliche subpignus geleugnet, indem sie die erste Stelle anders auslegen und namentlich die Worte: plane in eam rel. von dem, dem Aftervermiether zustehenden Pfandrechte erklären, aber freilich sehr mit Unrecht, vgl. auch Schol. ad Basil. XXV. 1. 11. [bei Fabr. IV. p. 27. sch. X, bei Heimb. III. p. 59. sch. 10), Glück XVIII. S. 428 fg., Mühlenbruch, Zession. 3te Auflage. S. 321. 322. Note 167, Sintenis, pfandrechtliche Streitfragen S. 46 fgg., Dernburg S. 305 fgg.

b) Einfacher noch, als das bisher erörterte Pfandrecht an den Invekten, ist das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters eines praedium rusticum an den Früchten, l. 7. pr. in quib. caus. pign. (20, 2), l. 24. §. 1, l. 53. locati (19, 2). Streitig ist jedoch, ob nur dem verpachtenden dominus, oder ob jedem Verpachter, namentlich also auch dem Afterverpachter dieses Pfandrecht zugestanden werden könne? Die zitt. Gesetze reden allerdings nur vom dominus, und deßhalb bleiben auch Viele dabei stehen, Glück cit. S. 441, aber die herrschende Meinung erklärt sich gewiß mit Recht dagegen, indem der dominus in jenen Gesetzen nur repräsentativ für jeden Verpachter genannt ist. Daß sich aber durch eine Afterverpachtung das Pfandrecht des ersten Verpachters nicht im Mindesten ändert, und demselben also die von dem Afterpachter gezogenen Früchte nicht etwa blos für den Belauf des Afterpachtgeldes und nicht etwa nur so lange, bis der Afterpachter seine Schuld dem Afterverpachter bezahlt hat, sondern ganz allgemein so haften, als wenn gar keine Afterverpachtung vorgekommen wäre, geht aus der Natur der Sache von selbst hervor, vgl. überhaupt Glück S. 437 fgg. Uebrigens versteht sich auch das noch von selbst, daß dieses Pfandrecht nicht eher, als mit dem Augenblick der Perzeption seinen Anfang nehmen kann, denn bis dahin befinden sich die Früchte in dem Eigenthume des Verpachters, und es kann also derselbe natürlich kein Pfandrecht daran haben; Dernburg S. 304 fgg.; a. M. wieder Windscheid §. 244. Note 2.

2) Derjenige, welcher baares Geld zum Zweck der Wiederherstellung (nicht auch der blosen Reparatur) eines Gebäudes darleiht, hat an dem Hause ein gesetzliches Spezialpfand, l. 1. in quib. caus. pign. tac., Glück XIX. S. 1 fgg., Madai in Gießer Zeitschrift XIX. 4, Dernburg S. 314 fgg. Daß das Pfandrecht vom Augenblicke des geschlossenen Vertrags an zu datiren sei, ist gewiß falsch, sondern dasselbe kann allgemeinen Grundsätzen nach durchaus erst von der Zeit des errichteten Gebäudes anfangen, obwohl auch dieses bestritten ist, vgl. *Hepp* in diss. cit. p. 50 sqq. und im Archiv X. S. 274 fgg., Sintenis S. 375 fgg., Madai a. a. O. S. 123 fgg., Dernburg S. 319 fgg., Windscheid §. 244. Note 2. — Ueber die mancherlei willkürlichen Ausdehnungen dieses Pfandrechts, denen auch Sintenis S. 298 fgg. nicht ganz fremd ist, vgl. Glück, Madai und Dernburg a. d. aa. OO. und s. auch Göschen §. 339. S. 349 fgg. und jetzt auch Sintenis, prakt. Zivilrecht I. §. 72. Note 8.

3) Der Pupill hat ein gesetzliches Spezialpfand an den mit seinem Gelde erworbenen Sachen, sei es, daß die Erwerbung vom Vormund oder einem Dritten

geschah, l. 3. pr. de reb. eor., qui sub tut. (27, 9), l. 6. C. de servo pignori dato (7, 8), obwohl im erstren Falle dem Pupill nach seiner Wahl auch eine utilis vindicatio zusteht, s. oben S. 650 fgg. Ueber die mancherlei ganz willkürlichen Erweiterungen vgl. Glück XIX. S. 47 fgg., Sintenis S. 303 fgg., Dernburg S. 324.

4) Den Singular= und Universal-Vermächtnißnehmern (a. M. in Betreff der letztren ist Dernburg S. 328 fgg.), aber schwerlich auch den Todes halber Beschenkten, vgl. §. 562. Anm. a. E., steht ein gesetzliches Pfandrecht an dem Erbvermögen des Onerirten zu, und zwar haftet, wenn mehrere Onerirte sind, der Erbtheil eines Jeden nur pro rata, vgl. l. 1. C. comm. de legat. (6, 43), Nov. 108. c. 2, v. Löhr im ziv. Arch. V. S. 208 fgg., Sintenis S. 305.— Dasselbe fängt nicht gerade von dem Augenblick des Erbschaftsantritts an, wie Viele, und namentlich jetzt auch wieder Huschke in Gieß. Zeitschr. XX. S. 152 fgg., Regelsberger S. 115 fgg., Dernburg S. 332 fgg., annehmen, sondern es beginnt mit dem dies legati cedens; vgl. Glück XIX. S. 170 fgg., *Hepp* in diss. cit. p. 61 sqq. und im Archiv X. S. 276 fgg., Sintenis S. 376 fgg.

2) Von der hypothekarischen Succession.

Dig. XX. 4. (qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et) de his, qui in priorum creditorum locum succedunt; Cod. VIII. 19. de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. — Sintenis, Handbuch §. 46. 47, Dernburg im ziv. Archiv XLI. S. 1 fgg., Schmid, Grundlehren der Zession I. S. 279 fgg.; vgl. auch Simon im ziv. Archiv XLI. S. 43 fgg., Windscheid, Lehrbuch §. 233a und 233b.

a) Vermittelst Verhandlung mit dem Gläubiger (unmittelbare Succession). §. 377.

Anm. 1. Vorzüglich gehört hierher das *jus offerendi;* vgl. Haubold, de jure offerendi. Lips. 1783. (auch in dessen opusc. acad. edid. *Wenk* tom. I.), Glück XIX. S. 352 fgg., Gesterding, Pfandrecht S. 299 fgg., Sintenis, Pfandrecht S. 409 fgg., Bachofen, Pfandrecht I. S. 497 fgg., Schmid a. a. O. S. 300 fgg. — In neuerer Zeit ist dabei besonders die Frage angeregt worden, ob das jus offerendi auch dem bessern Kreditor gegen den schlechtern zustehe? Früher wurde dieselbe gewöhnlich bejaht, obgleich es auch an Dissentienten nicht ganz fehlte, vgl. z. B. *Becmann,* de succ. creditoris in alterius et sui ipsius locum. Gött. 1784. §. 17, Glück XIX. S. 355. Neuerlich wurde dieselbe jedoch besonders von Zimmern in Gießer Zeitschrift I. S. 53 fgg. bestritten, und nachdem sich Müller im ziv. Archiv XI. S. 386 fgg. wieder für die herrschende Lehre erklärt hatte, trat wiederum Linde in Gießer Zeitschrift V. S. 290 fgg. und VI. S. 215 fgg. dagegen auf, dessen Ansicht jedoch abermals

von Müller, ziv. Abh. S. 54 fgg. bestritten wurde, vgl. auch Böpp in Roßhirts Zeitschr. I. S. 375 fgg., Fritz zu Wening S. 528 fgg. Ich kann nur die herrschende Lehre für die richtige halten, denn nicht nur, daß alle inneren Gründe dafür sprechen, so wird dieselbe auch bestimmt genug in *Paul.* rec. sent. II. 13. 8. anerkannt:

„Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior est“,

denn die Auslegung der Gegner, wornach das *si voluerit* auf den secundus creditor bezogen werden soll, ist doch gewiß unhaltbar. Ein nicht unbedeutendes Argument für die richtige Ansicht liegt noch in l. 5. C. qui potior. in pign. (8, 18):

„Prior quidem creditor *compelli non potest*, tibi, qui posteriori loco pignus accepisti, debitum offerre, sed si tu illi id omne, quod debetur, solveris, pignoris tui causa firmabitur“.

Doch hat sich auch jetzt wieder Sintenis a. a. O. der Zimmern'schen Meinung angeschlossen, und sich dafur besonders noch auf l. 7. §. 2. 3. C. de praescr. XXX. annor. berufen, indem daraus klar hervorgehe, daß das jus offerendi für den schlechteren Kreditor ganz die Stelle der actio hypothecaria für den bessern vertreten solle. In der That aber kann aus dieser Stelle höchstens nur entnommen werden, was auch Niemand bezweifelt, daß regelmäßig nur der nachstehende Gläubiger von dem jus offerendi Gebrauch machen wird. Der neueste Vertheidiger der Zimmern'schen Ansicht ist Bachofen a. a. O. S. 504 fgg. (vgl. jetzt auch Windscheid, Lehrbuch §. 233b. Note 14), aber auch seine Auslegung der Paulinischen Stelle scheint mir ungenügend. Wenn er dieselbe nämlich nicht von dem eigentlichen jus offerendi mit der Wirkung der successio in pignus, sondern vielmehr von dem, einem jeden Besitzer der Pfandsache, und folglich freilich auch dem besitzenden creditor prior zustehenden Oblationsrechte zum Zwecke der Abwendung der hypothekarischen Klage, verstehen will, so ist eine solche Beschränkung nicht nur an und für sich willkürlich, sondern auch schon darum ganz unzuläſſig, weil doch im Anfange der Stelle jedenfalls von dem eigentlichen jus offerendi die Rede ist, und man gewiß nicht annehmen kann, daß in dem sich daran unmittelbar anschließenden Passus von einer ganz andren Oblation mit ganz andren Wirkungen gesprochen sein sollte. Wenn Bachofen S. 509 fgg. für seine Ansicht noch besonderes Gewicht auf l. 12. §. 12. de captiv. (49, 15) legt, so kann ich auch in dieser Stelle nur finden, daß freilich regelmäßig nur der schlechtere Pfandgläubiger von dem jus offerendi Gebrauch macht; daß dies aber der einzig mögliche Fall sei, und dem bessern Pfandgläubiger dieses Recht gar nicht zustehen könne, läßt sich aus dieser Stelle gewiß nicht ableiten.

Anm. 2. Unter den Fällen der hypothekarischen Succession wird nicht selten auch das rechtskräftige Erkenntniß aufgeführt, vgl. Westphal, Pfandr. S. 254 fgg., Glück XIX. S. 377 fgg., und man denkt sich dabei besonders den Fall, wenn unter drei auf einander folgenden Pfandgläubigern der Dritte als

Kläger gegen den Ersten aufgetreten und denselben besiegt habe; hier trete er nämlich in die Stelle desselben und besiege also auch den Zweiten. Anders müsse sich dies freilich verhalten, wenn der Dritte als Verklagter, dem Ersten gegenüber, absolvirt sei, und davon soll dann die interessante l. 16. qui potior. in pign. (20, 4) zu verstehen sein:

„Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutychianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori. Cum Eutychiana de jure suo doceret, superata apud judicem a tertio creditore non provocaverat; Turbo apud alium judicem victus appellaverat. Quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem: an, ea remota, Turbo tertium excluderet? Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit. Fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere; mihi nequaquam hoc justum esse videbatur. Pone, primam creditricem judicio convenisse tertium creditorem, exceptione, aliove quo modo a tertio superatam; numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei judicatae uti potest? aut contra, si post primum judicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium obtinuerit, poterit uti exceptione rei judicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in ejus locum, quem exclusit: nec inter alios res judicata alii prodesse, aut nocere solet; sed sine praejudicio prioris sententiae totum jus alii creditori integrum relinquitur".

In der That ist man aber auch zu dieser Annahme genöthigt, weil ohnedies ein circus inextricabilis entstehen würde; denn soll der Dritte, welcher den Ersten belangt und besiegt hatte, nicht in dessen Stelle eintreten, so würde er dem Zweiten unterliegen, dieser aber wieder dem Ersten; und von dem Ersten würde dann wieder der Dritte in Gemäßheit der res judicata das Pfand abholen, von wo dann der frühere Kreislauf wieder von Neuem beginnen würde. Hat der Dritte als Verklagter ein obsiegliches Urtheil erhalten, so fällt dies weg, weil das blos absolvirende Urtheil ihn nicht befugt, die Sache von dem Ersten abzuholen; und von diesem Falle redet die l. 16. cit., so daß dieselbe, wenn sie freilich auch nicht für die Annahme einer Succession angeführt werden kann, doch gewiß auch nicht gegen eine solche entscheidet. — Doch vertheidigt jetzt Sintenis S. 428 fgg. (vgl. auch Pfeiffer im civ. Arch. XXXVIII. S. 350 fgg., Arndts, Lehrb. §. 387. Anm., Brinz, Lehrb. §. 86. S. 347 fgg., Windscheid, Lehrb. §. 247. Not. 1. u. A. m.) die andre Meinung, daß durch rechtskräftiges Erkenntniß eine hypothekarische Succession in keinem Falle entstehen könne, namentlich auch dann nicht, wenn der Dritte als Kläger gegen den Ersten aufgetreten, und Sieger geworden sei; denn von einem circus inextricabilis sei auch in diesem Falle durchaus keine Rede. Habe nämlich nachher der Zweite den Dritten, und der Erste den Zweiten besiegt, so dürfte der Dritte

gegen den Ersten nicht wiederum mit der hypothekarischen Klage und **replicatio rei judicatae** auftreten, „weil der jüngere Streit zwischen dem Zweiten, gegen den er selbst unterlegen und dem Ersten, für ihn **res inter alios acta** ist, woraus er nicht Rechte erwerben kann". Dieser Meinung nach entstände also das Resultat, daß das erste Urtheil ganz erfolglos bleiben, und der Dritte dem Ersten, gegen den er ein siegreiches Urtheil davon getragen, doch nachstehen würde! In der That möchte aber der von Sintenis angegebene Grund, weshalb der Dritte sich nicht der **replicatio rei judicatae** bedienen solle, schwerlich zutreffend sein. Gerade, weil der Prozeß zwischen dem Ersten und Zweiten **res inter alios acta** ist, und das Verhältniß des Ersten und Dritten gar nicht berührt, muß die **replicatio rei judic.** als anwendbar erscheinen, denn die in diesem zweiten Prozesse zwischen dem Ersten und Dritten ventilirte Rechtsfrage ist doch offenbar dieselbe, wie die in dem ersten, schon entschiedenen, s. auch **l. 19. de exc. rei judic.** — Gewiß ist demnach, um einen **circus inextricabilis** zu vermeiden, die Annahme einer hypothekarischen Succession das einzige Mittel, und wenn also Jemand sein Landgut zuerst dem A. wegen einer Schuld von 1000, dann dem B. ebenfalls wegen 1000, und dann dem C. wegen 10,000 verpfändet hat, und der C. hat die **actio hypothecaria** gegen den A. siegreich durchgeführt, so muß nun folgende Rangordnung angenommen werden: zuerst kommt der C. für einen Betrag von Tausend (nicht für zehn Tausend, wie Sintenis S. 432. als die unabwendbare Folge unsrer Meinung mit Unrecht annimmt), dann der B. für Tausend, dann der C. für die übrigen neun Tausend, und endlich der A. für seine Tausend. Daß nach dieser Auffassung die Annahme einer hypothekarischen Succession nicht nur ganz sachgemäß, sondern auch in völliger Uebereinstimmung mit den Grundsätzen über **res judicata** ist, scheint mir unzweifelhaft, und ich kann daher auch den Einwand von Bachofen a. a. O. S. 517 fgg. nicht als stichhaltig anerkennen, daß ja der dritte Gläubiger — in unsrem Beispiele der C. — in der Ausübung des **jus offerendi** gegen den zweiten Gläubiger, ein einfaches Mittel in der Hand habe, dem Kreislaufe ein Ende zu machen. Vgl. jetzt auch Schmid a. a. O. S. 311 fgg.

b) Vermittelst Verhandlung mit dem Schuldner (mittelbare hypothekarische Succession). §. 378.

1) *Paul.* l. 3. quae res pignori (20, 3): Aristo Neratio scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata; neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore, quo casu emtoris causa melior efficietur.

2) *Marcian.* l. 12. §. 8. qui potior. in pign. (20, 4): A Titio mutuatus pactus est cum illo, ut ei praedium suum pignori hypothecaeve esset; deinde mutuatus est pecuniam a Maevio,

et pactus est cum eo, ut, si Titio desierit praedium teneri, ei teneatur; tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres, et paciscitur tecum, ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit, et locum ejus subeat. Num hic medius tertio potior est, qui pactus est, ut Titio soluta pecunia impleatur conditio, et tertius de sua negligentia queri debeat? Sed tamen et hic tertius creditor secundo praeferendus est.

3) *Marcian.* l. 12. §. 9. qui potior. in pign.: Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta in aliud pignus priori succedat, successurum eum Papinianus libro XI. Resp. scripsit, et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori, et loco ejus succedat.

III. Von den Rechtsverhältnissen nach konstituirtem Pfandrechte.

A. Von den Rechten des Pfandgläubigers.

1) Vom jus distrahendi.

Dig. XX. 5. de distractione pignorum et hypothecarum; Cod. VIII. 28. de distractione pignorum, VIII. 29. debitorem venditionem pignoris impedire non posse, VIII. 30. si vendito pignore agatur, VIII. 46. creditorem evictionem pignoris non debere. — *Berger*, de jure distract. pign., in Dissert. select. Lips. 1707. no. 1; Glück XIX. S. 382 fgg., Gesterding, Pfandr. §. 25 fgg., Müller, ziv. Abh. No. 3, Fritz zu Wening S. 455 fgg., Sintenis, Hdb. §. 54. 55, Bachofen I. S. 157 fgg. S. 559 fgg., Brinz, Lehrb. §. 87. S. 350 fgg. Vgl. auch Schmid, Grundlehren der Zession I. S. 222 fgg.

a) Voraussetzungen desselben. §. 379.

1) *Pompon.* l. 6. pr. de pign. act. (13, 7): Quamvis convenerit, ut fundum pignoraticium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is, qui pignus dederit, quia tua causa id caveatur. Sed Atilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum, dicit. Quid

enim, si multo minus sit, quod debeatur, et hodie pluris venire possit pignus, quam postea? Melius autem est dici, eum, qui dederit pignus, posse vendere, et accepta pecunia solvere id, quod debeatur, ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pignoratam, si mobilis sit, prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda; invitum enim creditorem cogi vendere, satis inhumanum est.

2) *Ulp.* l. 4. eod.: Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio, sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. Sed et si non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat; ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denunciatum, ut solvat, et cessaverit.

3) *Justinian.* l. 3. §. 1. C. de jure dominii impetrando (8, 34): Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pignoraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus, ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur foeneratori, ex denuntiatione vel ex sententia judiciali post biennium, ex quo attestatio missa, vel sententia prolata est, numerandum, eam vendere.

4) *Paul.* l. 29 fin. fam. ercisc. (10, 2): — — — quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procutorem egisset. — Gegen die verbreitete Ansicht, daß der Gläubiger *procuratorio nomine* distrahire vgl. bes. R. Schneider in der Sächs. Zeitschr. für Rechtspfl. N. F. XII. S. 396 fgg.; s. auch Fitting, Rückziehung S. 73 fgg. Not. 110.

Anm. Das Recht des Pfandgläubigers, die verpfändeten Sachen zu verkaufen, beruhte zwar früher auf einem besonderen Vertrage (woraus sich viele Stellen erklären, wo der Verkauf als aus einem Vertrage hervorgehend erwähnt wird), war aber später so sehr mit der Verpfändung selbst unmittelbar verbunden, daß sogar der entgegengesetzte Vertrag unwirksam ist (T. 2). Die Voraussetzungen dieses Rechts (welches in keinem Falle zu einer Verpflichtung werden kann (T. 1), sind folgende:

1) Die Forderung muß fällig sein, l. 4. de distract. pign., was man nur nicht mit Glück XIX. S. 283. u. A. dahin mißverstehen darf, daß die ganze Forderung fällig sein müsse; denn da das ganze Pfand für jeden, auch noch so kleinen Theil der Pfandschuld haftet, so kann der Veräußerung desselben

auch wegen eines Theils der Forderung nichts entgegenstehen, Müller a. a. O. §. 1, Fritz a. a. O. S. 456, Sintenis S. 506.

2) Sehr gewöhnlich verlangt man als Voraussetzung des Verkaufs auch die Liquidität der Forderung, und namentlich ist auch noch Müller §. 2. und 3. dieser Meinung. Es ist dies jedoch irrig. Die Vertheidiger der Liquidität müssen nämlich konsequent sagen, daß der Gläubiger dann, wenn der Schuldner der Existenz der Forderung widerspreche, keine zu seiner Befriedigung aus dem Pfande erforderliche Handlung vornehmen dürfe, sondern daß er eine gerichtliche Entscheidung veranlassen müsse, und daß dann von dem publizirten Urtheile an die zwei Jahre zu laufen anfingen. Dies ist aber offenbar unnatürlich und widerspricht dem allgemeinen Prinzip, daß die Ausübung eines Rechts nicht wegen Widerspruchs des Verpflichteten verschoben zu werden braucht. Man kann demnach nur so sagen: der Widerspruch des Schuldners hindert den Gläubiger nicht, die Denunziation und nach Ablauf der gehörigen Zeit auch die Veräußerung vorzunehmen. Zeigt sich nun in einem später erhobenen Prozeß, daß wirklich die Forderung ungegründet war, so ist freilich die Veräußerung nichtig, aber nicht wegen Illiquidität, sondern wegen Nichtexistenz der Forderung; zeigt sich aber die Forderung gegründet, so bleibt ungeachtet des Widerspruchs des Schuldners die Veräusserung allerdings vollkommen giltig, l. 1. pr. de litig. (44, 6), l. 1. C. de litig. (8, 37), s. auch l. 2. C. debitor. vend. pign. imp. n. posse (8, 29), l. 3. C. si antiquior creditor (8, 20). Doch muß man diesem Grundsatze die Beschränkung hinzufügen, daß, wenn wirklich vor der Veräußerung ein Rechtsstreit entstanden ist, die distractio während desselben allerdings unterbleiben und der Gläubiger den Ausgang des Rechtsstreits abwarten muß, und hiervon allein redet die oft für die Nothwendigkeit der Liquidität angeführte l. 5. C. de distract. pign. (8, 28). Wenn Müller noch den Ausspruch der l. 3. §. 1. C. de jure dom. imp. für sich anführt: foeneratori licentia dabitur, ex denunciatione *vel ex sententia judiciali* post biennium vendere, so geht daraus doch offenbar nur so viel hervor, daß an die Stelle der sonst nöthigen Denunziation auch Publikation eines richterlichen Urtheils treten könne, daß also in einem solchen Falle eine besondere Denunziation nicht nöthig sei. Vgl. Fritz a. a. O., Sintenis S. 507 fgg., und s. auch Bachofen I. S. 171 fgg. S. 647 fgg.

3) Ein anderes Erforderniß soll der gewöhnlichen Meinung nach die *mora* debitoris sein, und auch Müller a. a. O. §. 4. billigt dies, während Wening in der Gießer Zeitschr. I. S. 354 fgg., Fritz und Sintenis a. d. aa. OO. dies leugnen, und gewiß mit Recht. In den meisten Fällen wird zwar der Debitor sich wirklich, und zwar schon zwei Jahre lang in Verzug befinden, ehe es zur Veräußerung kommen kann, aber man setze nur eine naturalis obligatio, wobei der Schuldner begreiflicher Weise nie in Verzug kommen kann, oder man nehme, daß der Schuldner ganz ohne seine Schuld die fällige Forderung nicht bezahlt, z. B. weil er rei publicae causae unvermuthet verreisen muß u. dgl., in welchem Falle ebenfalls keine Mora eintreten kann, weil dazu eine *culpa* debitoris erforderlich ist. Ist nun in solchen Fällen auch die distractio pignoris gehindert? Kein Gesetz sagt es, und aus der Natur der

Sache folgt es doch gewiß nicht. Denn wenn auch die mora in solchen Fällen nicht angenommen werden kann, so heißt dies nur, es sollen bestimmte Strafen, welche sonst mit schuldvoll verzögerter Leistung eintreten, nicht Platz greifen, aber die Verpflichtung des Schuldners, den Kreditor zu befriedigen, wird dadurch nicht aufgehoben, und wenn diese Verpflichtung vorhanden ist, so kann auch der Selbstbefriedigung des Kreditors aus dem Pfande nichts entgegenstehen. — Eine andre Frage ist es, ob nicht mora accipiendi von Seiten des Kreditors die Veräußerung hindere? Aber auch dies muß verneint werden, denn in einem Reskript von Gordian in l. 2. C. debitor. vendit. pign. imped. n. posse heißt es ausdrücklich: daß alle Protestation des Schuldners die Veräußerung nicht hindern könne, wenn nicht die Schuld offerirt, und im Falle der Nichtannahme deponirt werde, vgl. auch l. 8. C. de distr. pign. Gegen diesen klaren Ausspruch kann auch das unbestimmte Reskript von Alex. Severus in l. 5. C. de distr. pign. nicht in Betracht kommen, sondern man muß dabei die geschehene Deposition subintelligiren. Vgl. Fritz a. a. O. und Bachofen I. S. 165. S. 640 fgg.; s. jedoch auch Brinz S. 354 fg.

4) Wenn die Forderung fällig ist, so muß dem Verkaufe eine Denunziation an den Verpfänder vorausgehen, und von dieser an muß nach Justinian's Vorschrift noch zwei Jahre lang gewartet werden, l. 4. C. de distract. pign., l. 3. §. 1. C. de jure dom. impetr. (8, 34). Wenn der Veräußerungs-Befugniß ausdrücklich vom Kreditor entsagt war, so ist dies im Ganzen freilich unwirksam, aber doch hat es die, schon im Pandektenrecht begründete Wirkung, daß eine dreimalige Denunziation vor dem Verkaufe nöthig ist, l. 4. 5. de pignor. act.; s. Bachofen I. S. 176 fgg. vgl. mit dessen ausgew. Lehren des Zivil. S. 174 fgg. Streitig hierbei ist es, in welchen Zwischenräumen diese drei Denunziationen erfolgen müssen. Während Manche zwei Jahre statuiren, wollen Andre 10 Tage (modicum tempus!) genügen lassen, und wieder Andere nehmen eine unbestimmte Zeit an, was auch offenbar allein richtig ist. Man muß nämlich so viel Zeit verstreichen lassen, daß daraus hervorgeht, die Mahnung sei fruchtlos gewesen. Vgl. Müller a. a. O. S. 107, Fritz S. 467, Sintenis S. 510. Sehr bestritten ist es ferner auch, ob die zwei Jahre von der ersten oder von der letzten Denunziation zu laufen anfangen? H. z. T. ist es besonders auf Zimmern's Ausführung in der Gießer Zeitschr. I. S. 52. gewöhnlich geworden, das Letztre anzunehmen, aber gewiß gegen die Grundsätze einer richtigen Auslegung, vgl. auch Fritz S. 408 fgg., Sintenis S. 510 fgg.

5) Daß die Veräußerung selbst öffentlich geschehen müsse, wie manche Rechtslehrer behaupten, ist gewiß unwahr, denn Justinian gedenkt der proscriptio nur als einer Antiquität, l. 3. pr. C. de jure dom. imp.; vgl. auch Bachofen I. S. 183 fgg. Allerdings aber muß man wohl mit Marezoll in Löhr's Magazin IV. S. 376. und Müller a. a. O. S. 109. wegen l. 16. C. de resc. vendit. (4, 44) eine Ausnahme für den Fall annehmen, wenn der Fiskus der Gläubiger ist. Denn hier soll nicht nur öffentlich veräußert, sondern die Sache auch vorher genau nach ihrer Beschaffenheit und ihrem Ertrage taxirt und nur dann dem Meistbietenden zugeschlagen werden, wenn dessen Gebot den taxirten Werth erreicht. Da nämlich diese Verordnung auch schon nach dem Vorjustinia-

nischen Rechte Singularitäten enthält, so darf sie durch die neuere Regel, wornach die proscriptio überhaupt als unnöthig erscheint, nicht als aufgehoben angesehen werden. Doch sind Viele a. M., vgl. z. B. auch Fritz S. 470, Sintenis S. 512.

6) Endlich muß auch der Kreditor bei der Veräußerung überhaupt in gutem Glauben handeln, und das Beste des Schuldners möglichst im Auge haben, l. 4. 9. C. de distr. pign., tit. C. si vendit. pign. agat. Während aber, wenn eines der bisher genannten Erfordernisse der distractio fehlt, die ganze Veräußerung ohne Widerrede nichtig ist, so verhält sich dies im Falle der mala fides anders, indem hier regelmäßig nur eine Entschädigungsklage gegen den veräußernden Kreditor Statt findet, vgl. die zitt. Gesetze. Doch ist ausnahmsweise allerdings auch eine Klage gegen den Käufer zulässig, nämlich wenn der Kreditor insolvend ist, tit. C. si vend. pign. ag. Wenn die Meisten zu einer solchen Klage gegen den Käufer auch noch als zweites Requisit verlangen, daß derselbe ebenfalls mala fide gehandelt habe, so kann dies wegen der allgemein redenden l. 3. C. de distr. pign. doch wohl schwerlich gebilligt werden, sondern der Schuldner hat im Falle der Insolvenz des Kreditor auch gegen den gutgläubigen Käufer einen begründeten Anspruch, s. auch Müller S. 110 fgg., Sintenis S. 515 fgg. —

Das pignus judiciale folgt insofern andern Grundsätzen, daß dabei der Verkauf stets gerichtlich geschehen muß, und nur zwei Monate vom Tage der Verpfändung an gewartet zu werden braucht, l. 31. de rei judic. (42, 1), l. 2. C. si in causa judic. pign. (8, 23).

b) Wirkungen des geschehenen Verkaufs. §. 380.

Anm. Ausführliche Erörterungen über die Wirkungen des Pfandverkaufs giebt jetzt Bachofen I. S. 559 fgg., vgl. auch Schmid a. a. O. Einige Punkte sind hier besonders hervorzuheben:

I. Gewöhnlich lehrt man, daß durch die Veräußerung von Seiten des creditor potior das Pfandrecht des Veräußerers sowohl, als auch alle übrigen nachstehenden Pfandrechte erlöschen müßten. In der That ist es denn auch ein ganz unabweislicher Rechtssatz, daß gegen den Käufer keine wirksame hypothekarische Klage angestellt werden darf, weil sich ohnedies kein Käufer des Pfandes finden würde; aber eine unmittelbare, eine ipso jure eintretende Erlöschung der Pfandrechte kann daraus doch nicht gefolgert werden, und wirklich kommt eine solche auch gar nicht vor. Was nämlich

1) das Pfandrecht des Veräußerers selbst betrifft, so versteht sich freilich von selbst, daß, wenn die ganze Forderung durch den Erlös des Pfandverkaufs getilgt ist, von einem Pfandrechte desselben nicht mehr die Rede sein kann, obwohl doch selbst in diesem Falle dasselbe wenigstens insofern als noch fortdauernd angenommen werden muß, daß der Gläubiger zur Zession desselben an den Käufer verpflichtet ist, l. 13. de distr. pign. Reicht aber der Erlös nicht zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers hin, so sind augenscheinlich die Bedin-

gungen der formula hypothecaria noch fortwährend vorhanden, und eben darum kann von einer ipso jure eintretenden Erlöschung dieser Klage keine Rede sein. Wohl aber muß, da unleugbar in der Vornahme der Veräußerung ein thatsächlicher Verzicht auf die Pfandklage enthalten ist, daraus für den Käufer eine justa exceptio erwachsen, nicht anders, wie wenn der Schuldner mit Einwilligung des Gläubigers eine Veräußerung vorgenommen hätte, und wirklich stellt Ulpian in l. 4. §. 1. quib. mod. pign. (20, 6) diese beiden Fälle einander völlig gleich. Dieser Gesichtspunkt des Verzichts, und die parallele Behandlung der beiden Fälle, wenn der Schuldner mit Einwilligung des Gläubigers, und wenn der Gläubiger selbst die Veräußerung vornimmt, ist aber nicht ohne praktische Konsequenzen. So werden z. B. in l. 8. §. 7. 8. quib mod. pign. (20, 6) einige Fälle angeführt, in denen die Einrede der Remission: si non voluntate creditoris veniit, durch eine replicatio doli unwirksam gemacht werden kann, namentlich wenn der Schuldner selbst die mit Einwilligung des Gläubigers veräußerte Sache nachher doch wieder in seinen Besitz bekommt, oder wenn der Käufer den Schuldner beerbt; und da dürfte es denn doch wohl unzweifelhaft sein, daß ganz in denselben Fällen auch die Einrede des Verzichts, welche gegen die actio hypothecaria des distrahirenden Gläubigers gerichtet wird, durch eine replicatio doli entkräftet werden kann; Bachofen S. 575 fgg.

2) Was die Pfandrechte der nachstehenden Gläubiger anbelangt, so kann auch bei diesen gewiß nicht von einem ipso jure erfolgenden Untergang derselben die Rede sein, indem auch in ihrer Person die Voraussetzungen der formula hypothecaria noch fortwährend begründet sind. Ohne Zweifel hat der Käufer ihnen gegenüber dieselbe Einrede, die auch der Verkäufer ihrer actio hypothecaria hätte entgegensetzen können, die Einrede des besseren Rechts, und damit sind auch recht wohl l. 6. C. qui pot. in pign. (8, 18) und l. 1. C. si antiqu. cred. (8, 20) zu vereinigen, indem hier nur gesagt ist, daß die hypothekarische Klage der schlechteren Gläubiger gegen den Käufer jedenfalls unwirksam sei, ohne sich über die Art und Weise, wie diese Unwirksamkeit herbeigeführt wird, ob ipso jure oder ope exceptionis, irgend auszusprechen.

II. Da der distrahirende Gläubiger im Grunde nur zur Zession seines Rechts verpflichtet ist, l. 13. de distr. pign., so ist es sehr natürlich, daß er auch nicht zur Eviktionsleistung verpflichtet ist, l. 10. eod., l. 1. 2. C. creditorem evictionem non debere (8, 46), so wenig, daß er nicht einmal im Falle der Eviktion zur Restitution des empfangenen Kaufpreises verpflichtet ist, l. 11. §. 16. de act. emti (19, 1). Doch giebt es von dieser Regel folgende Ausnahmen:

1) Wenn die Eviktion ihren Grund nicht in einem vitium in jure debitoris, sondern vielmehr creditoris hat, so muß natürlich der Letztre für Eviktionsleistung einstehen, wie namentlich, wenn er gar kein, oder doch ein nachstehendes Pfandrecht hat, oder sein Veräußerungsrecht vor der Zeit ausübt, l. 1. C. cred. evict. non debere (8, 46).

2) Wenn der Gläubiger sich bei dem Verkaufe gar nicht als distrahirender Pfandgläubiger zu erkennen gibt, so muß er natürlich ganz, wie ein gewöhnlicher Verkäufer behandelt, und also auch wegen Eviktionsleistung verhaftet werden.

3) Auch dann haftet der Gläubiger wegen Eviktion, wenn er sich bei dem Verkaufe einer Arglist schuldig machte, also z. B. wissentlich eine dem Schuldner nicht gehörige Sache veräußert, l. 11. §. 6. de act. emti (19, 1), l. 1. 2. C. cred. evict. non deb.

4) Endlich versteht sich auch von selbst, daß der Gläubiger durch besondres Versprechen eine Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung herbeiführen kann, l. 8. §. 1, l. 22. §. 4. de pign. act. (13, 7), vgl. l. 59. §. 3. mandati [„communi jure promittere“ im Gegensatz zu dem „creditoris jure vendere“]. — Wenn umgekehrt der Gläubiger sich ausdrücklich Freiheit von der Eviktions-Verbindlichkeit ausbedungen hat, so hat dieser Nebenvertrag noch die besondre Wirkung, daß der Gläubiger auch nach erfolgter Eviktion noch den Kaufpreis einfordern kann, l. 68. pr. de evict. (21, 2). —

Mit dem Satze, daß der verkaufende Gläubiger von der Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung frei ist, pflegt man meistens den andern zu verbinden, daß der Käufer sich im Falle der Eviktion an den Verpfänder halten müsse. Für eine solche Verbindlichkeit des Verpfänders gibt es aber gar keinen ersichtlichen Grund, indem ja zwischen dem Käufer und dem Verpfänder schlechthin kein Kontrakts-Verhältniß begründet ist; und nur soviel läßt sich sagen, daß der Käufer berechtigt ist, die Zession der actio pignoraticia contraria vom Pfandgläubiger zu verlangen, und mit dieser dann gegen den Verpfänder aufzutreten, l. 38. de evict. (21, 2). Blos insoweit, als der Verpfänder durch den Verkauf von Seiten des Pfandgläubigers reicher geworden ist, also nur bis zum Belauf des Kaufpreises sammt Zinsen, hat der Käufer eine utilis actio emti gegen den Verpfänder, „ne ex aliena jactura sibi lucrum acquirat“, l. 12. §. 1. de distr. pign., l. 74. §. 1. de evict. (21, 2). Wie sehr sich aber dieser Anspruch von dem auf das gesammte Interesse gerichteten Anspruch auf Eviktionsleistung unterscheidet, fällt von selbst in's Auge. Vgl. auch Bachofen I. S. 583 fgg. —

Ueber die Frage, wie sich die Rechtsverhältnisse gestalten, wenn zwar der Kaufvertrag zwischen dem Pfandgläubiger und dem Käufer abgeschlossen, aber noch nicht effektuirt ist, vgl. Platner im civ. Arch. XXXII. S. 103 fgg.

2) Von der dominii interpretatio. §. 381.

Cod. VIII. 34. de jure dominii impetrando. — Müller a. a. O. S. 114 fgg., S. 131 fgg., Fritz a. a. O. S. 479 fgg., Sintenis §. 56, Bachofen I. S. 624 fgg.

Anm. Wenn sich kein annehmbarer Käufer findet, so kann es zu der dominii impetratio kommen, über welche, abgesehen zunächst von dem pignus judiciale, folgende Grundsätze gelten:

1) Es muß eine nochmalige Aufforderung zur Zahlung eintreten, und zwar, wenn der Schuldner anwesend ist, von dem Gläubiger selbst; ist er aber

abwesend, von dem Gerichte, welches dabei eine Zahlungsfrist festsetzt, l. 3. §. 2. 3. C. h. t.

2) Ist die Aufforderung ohne Wirkung geblieben, so kann der Zuschlag des Eigenthums erfolgen, wozu bei den Römern ein kaiserliches Reskript erforderlich war, h. z. T. aber nach sehr allgemeiner Praxis ein richterlicher Ausspruch genügt. Daß eine Taxation des Pfandobjekts vorhergegangen sein müsse, wie oft gelehrt wird, ist unrichtig, l. 3. §. 6. C. h. t. verb.: donec apud creditorem, *eundemque dominum*, permaneat, und in der That wäre auch diese vorhergehende Taxation ganz überflüssig.

3) Durch den Zuschlag entsteht aber nicht sogleich ein definitives, sondern zunächst nur ein revokabeles Eigenthum, indem dem Schuldner ein zweijähriges Wiedereinlösungsrecht zusteht, l. 3. §. 3. f. C. eod. Was der Gläubiger in dieser Zeit rücksichtlich des Pfandobjekts vornimmt oder erwirbt, wird demgemäß, wenn nachher die Wiedereinlösung wirklich erfolgt, so angesehen, als habe er es als Pfandgläubiger vorgenommen. Veräußert er also in dieser Zeit, so hat er alle Pflichten eines Pfandgläubigers zu wahren, l. 3. §. 5. C. eod., und auf dieses biennium luitionis ist dann auch das anzuwenden, was früher von dem annus luitionis galt, nämlich, daß der in der verpfändeten Sache gefundene Schatz, wenn die Wiedereinlösung erfolgt, dem Schuldner zufällt, l. 63. §. 4. de adqu. rer. dom. (41, 1), und daß die Annahme von Zinsen innerhalb der zwei Jahre die Wirkung hat, daß er aufhört, jure dominii zu besitzen, l. 2. C. h. t.

4) Sind endlich die zwei Jahre abgelaufen, so erhält der Kreditor definitives Eigenthum, und nun ist gerichtliche Taxation nöthig. Ist die Forderung größer, als der Werth der Sache, so bleibt ihm die Nachforderung unbenommen; im umgekehrten Falle entsteht aber nach dem Verhältniß des Mehrbetrags ein Miteigenthum zwischen Schuldner und Gläubiger, so jedoch, daß es zur Aufhebung der Gemeinschaft dem Kreditor erlaubt ist, das Mehr seinem früheren Schuldner, oder unter den gehörigen Voraussetzungen, dem spätern Gläubiger dieses Schuldners auszuzahlen, l. 3. §. 3. fin. §. 4. C. h. t. —

Was noch insbesondre das pignus judiciale anbelangt, so kann dabei zunächst der Kreditor bei der Lizitation konkurriren, und in diesem Falle muß er natürlich wie ein gewöhnlicher Käufer beurtheilt werden, l. 2. C. si in causa judic. (8 23). Ist dies aber nicht geschehen, so kommt auch bei dem pign. judic. eine Eigenthums-Zuweisung per principem (h. z. T. per judicem) vor, jedoch mit den Eigenheiten, daß die Sache, mag sie auch weniger werth sein, nur für den Betrag der ganzen Forderung zugeschlagen werden kann, und daß sie sogleich definitiv geschieht, ohne irgend ein Wiedereinlösungs-Recht des Schuldners, l. 15. §. 3. de re judic. (42, 1), l. 3. C. de exc. rei judic. (7, 53), l. 3. C. si in caus. judic. (8, 23). — Mehrfach abweichend ist hier Müller a. a. O. S. 131 fgg. S. aber dagegen bes. Fritz a. a. O. S. 480 fgg., dem auch Sintenis S. 532 fgg. folgt.

3) Von dem Retentions-Recht. §. 382.

Cod. VIII. 27. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse. — Fritz zu Wening S. 490 fgg., Sintenis S. 243 fgg., besonders Schenck, die Lehre von dem Retentions-Rechte nach gem. Recht. Jena 1837. §. 69 fgg., S. 241 fgg.

Gordian. l. un. C. h. t.: — — — Si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Jure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cujus nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere; nisi pro illa etiam satis fecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt. Quod in secundo creditore locum non habet, nec enim necessitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre.

Anm. Das abgedruckte Gordianische Reskript hat zu mehrfachen Streitfragen Veranlassung gegeben.

1) Nicht selten hat man in l. 11. §. 3. de pign. act. (13, 7) und l. 4, l. 22. C. de usur. (4, 32) Beschränkungen und Ausnahmen der l. un. cit. finden wollen, ohne freilich über die Art dieser angeblichen Beschränkungen übereinzustimmen, vgl. über die verschiedenen Ansichten Schenk a. a. O. §. 70. Dies ist jedoch irrig, denn aus den zwei ersten Gesetzen — die übrigens vor die Zeit des Gordianischen Reskripts fallen und darum schon als irrelevant angesehen werden müssen — geht nur hervor, daß ein Pfandrecht und damit die regelmäßige retentio *jure pignoris* (nicht die singuläre Gordianische Retention) nur wegen Pfandforderungen Statt finde, und in l. 22. cit. kommt nur eine Anwendung des freilich unbestreitbaren Prinzips vor, daß, wenn keine Forderung vorhanden sei, auch keine Retention Platz greifen könne.

2) Sehr Viele räumen das Retentions-Recht nur bei dem Konventionalpfandrechte ein, oder beschränken es sogar auf den Faustpfandgläubiger, vgl. z. B. Glück XV. S. 131, Gesterding S. 164, Thibaut, Syst. §. 794, Schweppe §. 337, Mackeldey §. 316, Mühlenbruch §. 317. Note 6. Den Worten (denn daß der hier gebrauchte Ausdruck pignus sehr gewöhnlich in genereller Bedeutung vorkommt, ist bekannt genug, und die bedingungsweise gesetzten Worte: si in possessione fueris constitutus führen nothwendig zu dem Resultate, daß hier von einem Pfande die Rede ist, wobei möglicher Weise der Gläubiger auch keinen Besitz erlangt), und dem Geiste der Verordnung nach muß man aber vielmehr dieses Retentions-Recht jedem Pfandgläubiger einräumen, der in den Besitz der verpfändeten Sache gekommen ist, vgl. auch Fritz S. 491, Sintenis S 243. Note 1, Schenck S. 253 fgg., Wening, Lehrbuch §. 186. Note o, Schilling, Lehrbuch II. §. 215. Note o, Puchta, Lehrbuch §. 204. Note c,

Madai zu Mühlenbruch l. c. u. A. m. — Daß der nachstehende Pfandgläubiger, welcher sich durch Ausübung des jus offerendi in den Besitz des Pfandes gesetzt hat, keinen Anspruch auf Retention habe, wird zwar von Mühlenbruch, Zess. S. 575. behauptet, aber gewiß mit Unrecht, denn daß die von Mühlenbruch angeführten Schlußworte der l. un. cit.: quod in secundo creditore locum non habet nicht dem zweiten Kreditor das Retentions-Recht absprechen, sondern nur ausdrücken sollen, daß derselbe bei Ausübung des jus offerendi das Retentions-Recht des ersten Kreditors nicht zu berücksichtigen braucht, kann doch kaum zweifelhaft sein, vgl. auch Sintenis S. 244. Note 3, Schenck S. 261 fgg.

3) Daß unser Retentions-Recht blos wegen Darlehns-Forderungen ausgeübt werden dürfe, wie z. B. Gesterding S. 164. anzunehmen geneigt ist, wird wohl im Ernste von Niemanden mehr behauptet werden, und ebenso ist es richtiger Ansicht nach völlig gleichgiltig, ob die Forderung gleichzeitig mit Konstituirung des Pfandes, oder vor- oder nachher entstanden ist, wenn nur im Augenblick ihrer Entstehung noch das Pfandrecht vorhanden war; denn war dieses schon erloschen, so muß freilich das Retentions-Recht abgeleugnet werden, sollte sich auch der Kreditor noch zufällig im Besitz der Sache befinden. Allerdings aber kann die Frage aufgeworfen werden, wegen wessen Schulden das Retentions-Recht geltend gemacht werden könne? Wenn Schuldner und Verpfänder eine und dieselbe Person sind, so ergiebt sich die Antwort ganz von selbst. Wenn aber Jemand für eine fremde Schuld ein Pfand bestellt hat, so kann wegen anderer Schulden des Debitors dasselbe gewiß nicht geltend gemacht werden; ob aber für Schulden des Verpfänders, ist im Gesetz nicht entschieden, indem hier blos der gewöhnliche Fall, wenn Schuldner und Verpfänder zusammenfallen, supponirt wird. Da jura singularia nicht auszudehnen sind, so muß man sich doch wohl in einem solchen Falle gegen die Retentions-Befugniß erklären, obwohl Fritz S. 494. und Sintenis S. 243. Note 2. anderer Meinung sind, s. aber Schenck S. 260. Aus demselben Grunde muß auch gewiß dem Kreditor das Retentions-Recht wegen solcher Forderungen abgesprochen werden, die nur durch Zession auf ihn übergegangen sind, vgl. Schenck S. 260 fgg., und eben so auch wegen solcher, in Rücksicht auf welche er schon durch suffiziente anderweite Pfandrechte gedeckt ist, Sintenis S. 243 fgg., Schenck S. 263.

4) Das Retentions-Recht kann nur geltend gemacht werden gegen den Debitor selbst oder gegen dessen Erben, und namentlich ist in der l. un. cit. vorgeschrieben, daß der Pfandgläubiger, welcher sich des jus offerendi bedienen will, nur die Pfandforderung des auszukaufenden Gläubigers zu prästiren verpflichtet ist. Demgemäß muß auch die so sehr bestrittene Frage (vgl. Glück XV. S. 132 fgg., Pfeiffer, prakt. Ausf. II. 3. und VII. 11, Spangenberg in der Gieß. Zeitschr. V. S. 196 fgg., Sintenis S. 244 fg., Schenck S. 346 fgg., Oetker, Beiträge zur Lehre vom Konkurse. Kassel 1847. S. 1 fgg., Zimmermann im prakt. Archiv II. 4, Derselbe im ziv. Archiv XXXIX. S. 350 fgg.) beantwortet werden, ob der Pfandgläubiger auch nach ausgebrochenem Konkurse über den Schuldner, von dem Ret. R. Gebrauch machen könne? Viele sprechen dem Gläubiger in einem solchen Falle dieses Recht geradezu ab, vgl. z. B. Glück a. a. O. Dabelow, Konkurs S. 862 fgg., Gönner, Handbuch des Proz. IV.

Nr. 82. §. 10, Gensler im ziv. Archiv II. S. 347 fg., Götz, Entscheidungen der Juristenfak. zu Altdorf. Nr. 1, Bayer, Theorie des Konkursproz. §. 28, Schenck a. a. O. und in der Gießer Zeitschrift VIII. 4, Oetker a. a. O. S. 53 fgg., S. 62 fgg., und man beruft sich hierfür wesentlich auf die Universalität und attraktive Eigenschaft des deutschen Konkursprozesses; hiermit sei jenes Ret. R. unvereinbar, und wie aus jenem Prinzip anerkannter Weise die dem röm. Rechte unbekannte Verpflichtung der hypothekarischen Gläubiger, sich im Konkurse zu sistiren, hervorgehe, eben so müsse daraus auch die Verpflichtung der Faustpfandgläubiger zur Ablieferung der Pfänder in die Masse und zur Einlassung in den Konkurs gefolgert werden. In der That ist aber schwer einzusehen, wie jener prozessualische Grundsatz dazu mißbraucht werden dürfe, um ein in den Rechten wohlbegründetes Sicherungsmittel geradezu zu vernichten, und eben darum paßt auch die hierher gezogene Analogie von der Verbindlichkeit der hypothekarischen Gläubiger, sich in den Konkurs einzulassen, ganz und gar nicht, denn diese verlieren dadurch nicht das Mindeste, sondern sie erhalten in demselben Umfang und in derselben Rangordnung durch das Konkursgericht ganz dasselbe, was sie auch ohnedies erhalten hätten, während der Pfandgläubiger, welcher ein Ret. R. wegen chirographischer Forderungen hat, dadurch, daß er das Pfand abliefern, und mit seiner Forderung sich unter die einfachen chirographarii loziren lassen müßte, offenbar eine wahre Einbuße erleiden, und ein wohlerworbenes Recht verlieren würde! Eben so wenig, wie diese Ansicht, kann aber auch die Meinung gebilligt werden, daß dem Pfandgläubiger das Retentions-Recht unbedingt zugestanden werden müsse, vgl. z. B. Happel, die Rechte der Gläubiger bei ausgebr. Konk. Abschn. 3. S. 74 fgg., Gans, Zeitschrift für Zivil- und Krim.-Rechtspflege im Königreich Hannover I. S. 394 fgg., denn diese Ansicht stützt sich hauptsächlich auf die unbewiesene Behauptung, daß der Faustpfandkontrakt ein echt deutscher Vertrag sei, auf welchen römische Grundsätze über Priorität der Gläubiger keinen Einfluß hätten, theils aber auch auf ungehörige Billigkeitsgründe und politische Rücksichten, weil sonst die Sicherheit mehr oder weniger zerstört werden würde. Das Richtigste ist gewiß, daß dem Pfandgläubiger sein Ret. Recht der Masse selbst gegenüber eben so zusteht, wie dem Debitor gegenüber, daß aber freilich dann, wenn sich unter den Kreditoren solche finden, welche die Sache mit einer binglichen Klage abholen können, namentlich also bessere Pfandgläubiger, das Ret. R. gegen diese nicht geltend gemacht werden kann, vgl. auch Trütschler, Lehre von der Präklusion S. 30, Thibaut §. 1023. und in Braun's Erörtr. S. 853, Schweppe, Konkurs §. 47. 60. 74, Hagemann, prakt. Erörtr. XII. No. 108, Pfeiffer, Spangenberg, Sintenis und Zimmermann a. d. aa. OO.

3) Verbot der lex commissoria. §. 383.

Cod. VIII. 35. [de pactis pignorum et] de lege commissoria in pignoribus rescindenda. — *Gothofredus a Jena* diss. theor. pract. de lege commissoria. Francof. 1656 und 1663;

Jac. Gothofred. ad Cod. Theod. III. 2; *van Muschenbroeck,* de lege commissoria in pignore. L. B. 1752. (auch in *Oelr.* thes. nov. vol. I. tom. 2. p. 633 sqq.), Weber, Vers. über das Zivilr. Nr. 5, Glück XIV. S. 85 fgg., Warnkönig im zivil. Archiv XXIV. S. 1 fgg., S. 312 fgg., XXV. S. 60 fgg., S. 225 fgg., S. 420 fgg., Bachofen, Pfandr. I. S. 617 fgg.

Constantin. l. 3. C. de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda (8, 38): Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet. Creditores enim, re amissa, jubemus recuperare, quod dederunt.

Anm. Die Begriffsbestimmung der durch Konstantin in der abgedruckten l. 3. C. h. t. verbotenen lex commissoria [in cap. 7. X. de pignor. *„pactum legis commissoriae“* genannt!] hat keine Schwierigkeit. Aus den Endworten des Konstantinischen Gesetzes, aus der allgemeinen Bedeutung von committere und aus dem Begriff derjenigen lex commissoria, welche andern Verträgen, z. B. dem Kaufvertrage, giltig zugefügt werden kann (vgl. Dig. XIII. 6. de lege commissoria), geht nämlich mit Sicherheit hervor, daß darunter derjenige Nebenvertrag zu verstehen ist, wornach die verpfändete Sache dem Gläubiger verfallen sein soll, wenn er nicht bis zu einer bestimmten Zeit befriedigt worden sei. Hierbei sind noch einige Punkte hervorzuheben:

1) Konstantin unterscheidet nicht, ob dieser Nebenvertrag gleich von Anfang an dem Pfandkontrakte beigefügt ist, oder erst nachher, und so muß denn auch gewiß der letztre Fall unter das Konstantinische Verbot gezogen werden, obwohl man in der frühern Zeit sehr allgemein das Gegentheil lehrte. Daß die Gründe des Verbots in diesem Falle nicht in gleicher Stärke eintreten, muß man allerdings wohl zugeben, aber dies kann uns nicht berechtigen, eine Unterscheidung in das Gesetz hineinzutragen, die dem allgemeinen Ausdruck desselben widerspricht, und daß die öfter für eine solche Unterscheidung angeführten Gesetze, l. 34. de pign. act. (13, 7), l. 45. pr. de solut. (46, 3), l. 1. 2. C. h. t., l. 13. C. de pignor. (8, 14), dieselbe auch nicht im Mindesten zu rechtfertigen im Stande sind, bedarf in der That keiner besondern Ausführung. Mit Recht hat sich daher auch die neuere Doktrin entschieden gegen eine solche Beschränkung erklärt; vgl. die zahlreichen Nachweisungen bei Warnkönig a. a. O. XXV. S. 78 fgg.

2) Das Verbot der lex commissoria verhindert den Gläubiger weder, sich die verpfändete Sache an Zahlungs Statt geben zu lassen, l. 24. de pign. act. (13, 7), l. 13. C. de pignor. (8, 14), noch auch sie von dem Schuldner zu kaufen, l. 20. §. 2, l. 34. de pign. act., l. 12. pr. de dist. pign. (20, 5), l. 7. §. 6. de donat. inter vir. et uxor. (21, 1), l. 10. C. de distr. pign.

(8, 28), l. 1. C. h. t., und zwar ist ein solcher Kaufvertrag nicht blos dann giltig, wenn er später, als der Pfandvertrag, und unbedingt abgeschlossen wird, sondern an und für sich ist eine solche emtio auch dann rechtsbeständig, wenn sie sogleich mit der Verpfändung verbunden und unter der Bedingung abgeschlossen wird: wenn der Schuldner bis zu einer bestimmten Zeit die Schuld nicht bezahlt haben würde, l. 16. §. 9. de pign. (20, 1), l. 1. C. h. t. Nur, wenn sich nachweisen läßt, daß ein solcher bedingter Kauf im Wesentlichen nur zur Umgehung des Konstantinischen Verbots der lex comm. abgeschlossen worden, daß er also eine verschleierte lex commissoria ist, muß er natürlich als ungiltig angesehen werden, und zwar wird dies wohl immer der Fall sein, wenn als Kaufpreis gerade der Betrag der Schuld verabredet worden ist, während dies umgekehrt dann nicht leicht angenommen werden kann, wenn die Verabredung dahin geht, daß der Kaufpreis erst später, zur Zeit der eingetretenen Bedingung, bestimmt werden soll; daß in diesem letztren Falle gar keine eigentliche *emtio* conditionalis vorhanden ist, weil es an einem certum pretium fehlt, soll ebenfalls nicht schaden, „hoc enim casu videtur *quodammodo* conditionalis esse venditio", l. 16. §. 9. de pign. (20, 1).

3) Wenn nicht einmal ein zwischen Schuldner und Gläubiger abgeschlossenes bedingtes Kaufgeschäft an und für sich unter das Verbot der lex comm. fällt, so ist dies begreiflich noch weniger der Fall, wenn der Schuldner mit dem Bürgen einen solchen bedingten Verkauf abschließt. Einen Fall dieser Art enthält die l. 81. pr. de contr. emt. (18, 1):

> *Scaevola.* „Titius cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia, et fidejussorem Lucium, cui promisit, intra triennium proximum se eum liberaturum, quodsi id non fecerit die suprascripta, et solverit debitum fidejussor creditori, jussit praedia emta esse, quae creditori obligaverat; quaero quum non sit liberatus Lucius-fidejussor a Titio, an, si solverit creditori, emta haberet suprascripta praedia? Respondit, si non, ut in causam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta esset, contractam esse obligationem". (Daß Statt der handschriftlichen Lesart: facta *est*,. *et* contr. esse oblig., gelesen werden muß: facta *esset*. contr. etc., scheint mir unzweifelhaft; vgl. auch *Best* de rat. emend. leg. c. 22. nr. 10, *Brencm.* not. ad h. l., bei Geb. corp, jur., *Schulting* ad h. l. tom. III. pag. 437, Bachofen I. S. 629. Note 1).

Der hier entschiedene Fall ist einfach; Titius bestellte seinem Gläubiger wegen einer Darlehnsforderung nicht nur Pfänder, sondern gab ihm auch noch überdies einen Bürgen, mit welchem er den Nebenvertrag abschloß, daß wenn er denselben nicht bis zu einer bestimmten Zeit liberirt, und ihn dadurch in die Nothwendigkeit versetzt haben würde, selbst zu zahlen, die dem Gläubiger verpfändeten Grundstücke dem Bürgen verkauft sein sollten. Nun wurde der Bürge wirklich nicht liberirt, sondern leistete Zahlung an den Gläubiger, und es entstand die Frage, ob denn jetzt ein wirksamer Kaufvertrag vorhanden sei? Das meistens mißverstandene (vgl. z. B. Glück XIV. S. 161 fgg., Warnkönig a. a. O. XXV.

S. 88 fgg., und die bei diesen zahlreich Angeff.) Responsum Scävola's geht einfach dahin: „es sei dies eine reine Interpretationsfrage, indem Alles davon abhänge, welche Bedeutung der zwischen dem Schuldner und dem Bürgen abgeschlossene Kaufvertrag habe; sei die Absicht gewesen, einen wirklichen Kaufvertrag abzuschließen (si sub conditione emtio facta esset, *ut praedia emta habeat),* so müsse jetzt der Bürge allerdings als Käufer gelten (contractam esse obligationem); aber es könne jenem Vertrage, ungeachtet der dabei angewendeten Form der emtio venditio, doch auch möglicher Weise die andere Bedeutung zu Grunde liegen, daß der Bürge blos ein Pfandrecht an diesen Grundstücken erlangen solle (si sub conditione emtio facta esset, *ut praedia in causam obligationis habeat*) und dann sei natürlich anders zu entscheiden". (Ueber die Möglichkeit dieser zweiten Auslegung vgl. l. 2, l. 5. §. 1. de distr. pign.). S. *Cujac.* ad l. 81. cit. in opp. VII. p. 732, *Bachov.* de pign. lib. I. c. 16. nr. 6, Bachofen I. S. 619 fgg.

4) Sehr bestritten ist auch noch h. z. T. die Frage, welche Wirkung der eidlichen Bekräftigung der lex commissoria beigelegt werden müsse? vgl. die zahlreichen Nachweisungen bei Glück XIV. S. 93 fgg. und bei Warnkönig a. a. O. XXV. S. 226 fgg. In Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze des kanonischen Rechts über die Wirkungen des promissorischen Eides (vgl. §. 170. Anm.) muß man hier gewiß sagen, daß der Schuldner an einen solchen eidlich bestärkten Vertrag allerdings gebunden ist, und diese Ansicht wird so wenig durch c. 7. X. de pignor. (3, 21) widerlegt, daß dieselbe vielmehr darin noch eine bedeutende Stütze findet. Wenn nämlich in dem hier entschiedenen speziellen Falle der Papst den Eid darum nicht als entgegenstehend annimmt, weil hier der Schuldner Alles, was in seinen Kräften stand, gethan habe, um das „debitum juramenti" zu erfüllen, so scheint mir der Schluß unabweislich, daß ohne solche besondre Umstände der Schuldner allerdings an seinen Eid gebunden ist. Sollte jedoch in der Geltendmachung des kommissorischen Vertrags von Seiten des Gläubigers eine wahre turpitudo liegen, so muß doch wohl in Folge allgemeiner Grundsätze dem Schuldner gestattet werden, eine relaxatio juramenti zu erwirken, und dadurch dann den kommissorischen Vertrag zu beseitigen; vgl. auch Warnkönig a. a. O.

B. Von den Rechten des Pfandschuldners. §. 384.

Paul. l. 8. in quib. caus. pign. tac. contr. (20, 2): Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere.

Anm. 1. Da das Pfandrecht keine materielle Herrschaft über die verpfändete Sache hervorbringt, sondern diese nur in ein Obligations-Verhältniß mit dem Pfandgläubiger kommt, so müssen dem Pfandschuldner alle Eigenthums-Rechte verbleiben, und namentlich ist dies mit der Veräußerung der Fall, nur daß die Sache, wie sich von selbst versteht, cum suo onere auf den neuen Erwerber übergeht. Doch ist die Veräußerung nichtig, wenn der Pfandschuldner

sich des Rechts dazu ausdrücklich begab, l. 7. §. 2. de distract. pign. (20, 5), s. oben S. 550 fgg., und sie wird als Diebstahl betrachtet, wenn der Pfandschuldner eine in dem Spezialpfande befangene bewegliche Sache ohne Einwilligung des Kreditors veräußert, l. 19. §. 6, l. 66. pr. de furt. (47, 2), vgl. §. 14. J. de oblig. quae ex delicto (4, 1), l. 22. pr. de pignor. act. (13, 7), was auch gewiß nicht durch Justinian in Nov. 112. c. 1. aufgehoben ist, wie z. B. Zimmermann im ziv. Archiv XXXV. S. 443 fgg. behauptet, indem dort nur der Begriff der res *litigiosa* bestimmt werden soll. Ob aber doch das Eigenthum in diesem letzten Fall auf den Erwerber übergehe, ist nicht unbestritten, und namentlich leugnet dies *Breidenbach*, de pignor. per debitorem distract. Heidelb. 1817. §. 4 sqq., besonders wegen der bekannten Vorschrift der l. 5. C. de legib., und aus l. 4. §. 2. quib. mod. pign. (20, 6) will derselbe sogar den wunderlichen Satz beweisen, daß selbst die Einwilligung des Kreditors die Veräußerung nicht giltig machen könne. Es beruht dies aber freilich auf einem groben Mißverständniß der, unsrer Frage ganz fremden, l. 4. cit., und eben so kann auch die Interpretationsregel der l. 5. cit. unmöglich auf frühere gesetzliche Bestimmungen bezogen werden. Die gewiß richtige, auch von der Mehrzahl unsrer Juristen vertheidigte Meinung ist vielmehr die, daß die Veräußerung selbst nicht ungiltig werde, vgl. besonders l. 36. de noxal. act. (9, 4) und damit Basil. lib. 60. tit. 5. fr. 36. und die Scholien dazu bei Fabrot. tom. VII. p. 173 sq., bei Heimb. V. p. 369. — Ueber die andere Frage, ob durch die Veräußerung von Seiten des Schuldners die Sache zur furtiva und die Usukapion daran verhindert werde, vgl. oben S. 587.

Anm. 2. Der Natur des Pfandrechts nach verbleibt dem Debitor auch das Recht des Gebrauchs und der Fruchtziehung, und selbst, wenn der Kreditor im Besitz ist, darf er die gezogenen Früchte nicht als Gewinn ansehen, sondern muß sie auf Kapital und Zinsen einrechnen, l. 1. 2. 3. ult. C. de pignor. act. (4, 24), l. 1. C. de distract. pign. (8, 28), l. 2. C. de partu pignoris et omni causa (8, 24). Nicht selten aber kommt es vor, daß durch besondern Vertrag dem Kreditor das Recht eingeräumt wird, statt der Zinsen die Früchte der Sachen zu ziehen, oder sie zu gebrauchen, *antichresis*, s. g. pactum antichreticum (vgl. Glück XIV. §. 870. und die dort in der Note 1. Angeff.), ein Vertrag, der übrigens auch unabhängig von dem Pfandkontrakt vorkommt, und dann eine actio in factum erzeugt, obwohl dies Viele leugnen, vgl. aber l. 11. §. 1. de pignorib. (20, 1) und Glück a. a. O. S. 108 fgg., S. 114 fgg. Besonders bestritten ist es, ob und wann der Kreditor im Falle eines solchen Vertrags Rechnung abzulegen verpflichtet sei? Vgl. über die verschiedenen Ansichten Glück a. a. O. S. 421 fgg. Am richtigsten unterscheiden gewiß Mackeldey, Lehrbuch §. 315. Note c. und Seuffert, Erörtr. II. S. 104 fgg. Ist nämlich der Gläubiger auf bestimmte Geldeinkünfte angewiesen, so muß er immer Rechnung ablegen, weil es ganz einerlei ist, ob Zinsen gleich baar, oder auf dem Wege einer Anweisung gezahlt werden. Ist aber der Kreditor auf die natürlichen Früchte einer Sache angewiesen, dann braucht er keine Rechnung abzulegen, l. 17. C. de usur. (4, 32), es müßte denn ein versteckter Zinswucher zu Grunde liegen,

l. 26. §. 1. eod. Ist endlich der Gläubiger auf den Gebrauch der Sache angewiesen, so muß unterschieden werden, ob er die Sache selbst gebraucht, oder ob er sie verpachtet; im ersten Falle ist er nie, im zweiten immer, Rechnung abzulegen verpflichtet, l. 14. eod. — Noch ist hier die s. g. *antichresis tacita* zu erwähnen, die man auf die abgedruckte l. 8. in quib. caus. pign. stützt, und die der herrschenden Lehre nach darin bestehen soll, daß, wenn der Schuldner für ein unverzinsliches Kapital eine fruchttragende Sache zum Pfande giebt, der Krebitor das Recht haben soll, die Früchte der Sache bis zum Belauf der gesetzlichen Zinsen zurückzubehalten. Da dies aber Vielen als eine unerklärliche Singularität erscheint, so suchen sie die l. 8. cit. um jeden Preis zu entfernen, und namentlich geht Hotomann so weit, ohne alle Handschriften und gegen die Basiliken, lib. 25. tit. 3. fr. 8, vor gratuita ein non einzuschieben, während Glück XIV. S. 56, dem auch Sintenis S. 234 folgt, die l. 8. cit. in unmittelbare Verbindung mit l. 7. de pignorat. act. bringen, und sie demgemäß von Verzugszinsen verstehen will, und Stephan im civ. Arch. XXX. S. 355 fgg. die auch schon von manchen Aelteren angenommene Meinung vertheidigt, es müße bei l. 8. cit. vorausgesetzt werden, daß die Zinsen zwar nicht durch stipulatio, aber doch durch ein *pactum* nudum versprochen seien (pecunia *gratuita!)*, oder daß doch wenigstens, wenn auch über Zinsen nichts besonderes verabredet sei, dem Gläubiger ausdrücklich die Nutzung der fruchttragenden Sachen eingeräumt sei. Berücksichtigt man die unleugbare Ansicht des römischen Rechts, daß es eine Art von natürlicher Verbindlichkeit sei, Zinsen für ein dargeliehenes Kapital zu zahlen, eine Ansicht, die sich besonders in der Vorschrift ausspricht: daß, wer irrthümlich usuras indebitas zahlt, die condictio indebiti nicht anstellen könne, l. 26 pr. de condict. indeb. (12, 6) [s. oben S. 111 fgg.], so kann man in der l. 8. cit. keine eigentliche Singularität finden, und muß unbedenklich der herrschenden Meinung beitreten.

C. Von dem Verhältniß mehrerer Pfandgläubiger.

Dig. XX. 4. Cod. VIII. 18. qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur. — Glück XIX. S. 223 fgg., *de Buchholtz*, comm. qui potiores sint in pignorib. Regiom. 1829, Fritz, Erläuterungen II. S. 496 fgg., Sintenis §. 63 fgg. — (Bei der Verhältniß-Bestimmung mehrerer Pfandgläubiger darf man nicht blos an den einen Fall denken, wenn ein und derselbe Verpfänder Mehreren ein Pfandrecht an derselben Sache einräumt, sondern man muß, worauf besonders Löhr im civ. Archiv VI. S. 154, XIV. S. 161 fgg. und nach ihm Fritz a. a. O. aufmerksam gemacht haben, darneben noch folgende andere Fälle berücksichtigen: 1) Wenn ein Pfandgläubiger, 2) wenn ein Universal- 3) wenn ein Singular-Successor des Verpfänders die verpfändete Sache weiter verpfändet hat, wozu denn noch 4) der Fall kommt, wenn die mehreren Ver-

pfänder in gar keinem Successions-Verhältnisse stehen. Bei allen diesen Fällen sind dann wieder die zwei Hauptfragen zu unterscheiden, welcher von den mehreren Pfandgläubigern geht dem andern vor? und: welche Rechte hat der vorgehende, welche der nachstehende in Anspruch zu nehmen? Einige der hier unterschiedenen Fälle bedürfen aber freilich keiner besondern Ausführnng; denn, wenn ein Universal-Successor des Verpfänders die Sache weiter verpfändet hat, so muß hier gerade so entschieden werden, wie wenn der Verpfänder selbst weiter verpfändet hätte, und dies wird selbst von denjenigen anerkannt, die für den Fall der Singular-Succession eine andere Meinung vertheidigen, nur versteht es sich, daß eine Ausnahme eintritt, wenn die Kreditoren des Erblassers von dem ihnen zustehenden beneficium separationis Gebrauch gemacht haben, vgl. Wächter im ziv. Archiv XIV. S. 395 fgg. — Eben so entscheidet sich auch der Fall der Afterverpfändung leicht, denn hier muß der Natur der Sache nach das einfache Prinzip gelten, daß in einem Kollisionsfall der Afterpfandgläubiger stets dem ersten Gläubiger vorgeht, sollte dieser auch ein privilegirtes oder öffentliches, jener nur ein einfaches haben — creditor creditoris creditori praefertur — vgl. auch Trotsche, das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 36 fgg. — Endlich macht auch der Fall keine Schwierigkeit, wenn die beiden Verpfänder in gar keinem Successions-Verhältniß stehen, wobei nur, wie sich von selbst versteht, vorausgesetzt wird, daß auch wirklich dasselbe Objekt mehrmals verpfändet ist, denn wenn z. B. Proprietar und Usufruktuar, oder Eigenthümer und Emphyteuta, oder mehrere Miteigenthümer verpfändeten, so findet hier eine Konkurrenz von Kreditoren gar nicht Statt, da die Pfandobjekte derselben ganz verschieden sind. Bei den wirklich hierher gehörenden Fällen muß unterschieden werden, ob das Recht des einen Verpfänders stärker ist, als das des andern, wie z. B. wenn Eigenthümer und bonae fidei possessor verpfändeten, und hier wird natürlich das eine Pfandrecht durch das andere ganz absorbirt, oder ob die Rechte beider Verpfänder gleich sind, wie z. B. wenn zwei bonae fidei possessores verpfänden, und hier entscheidet der Besitz, l. 14. qui potior. in pign. (20, 9). — Es bleiben also für die folgende Darstellung nur die zwei Fälle übrig: wenn mehrere von einem und demselben Verpfänder konstituirte Pfandrechte zusammentreffen, §. 386 fgg., und wenn mehrere Pfandrechte zusammentreffen, deren Eines von einem früheren Eigenthümer,

das Andere von einem Singular-Successor desselben bestellt wurde, §. 385).

1) Von dem Pfandrechte aus den Zeiten des früheren Eigenthümers. §. 385.

Anm. Früherhin stellte man ganz allgemein den Satz auf, daß Pfandrechte aus den Zeiten der frühern Eigenthümer unbedingt den Vorzug vor allen übrigen, selbst wenn diese letzteren privilegirt wären, genießen, und man redete in einem solchen Falle von einer *separatio ex jure hypothecario*, oder von Pfandseparatisten. Diese Meinung wurde aber von Thibaut, ziv. Abh. S. 311 fgg., besonders aus dem Grunde bekämpft, weil dem Successor dieselben Rechte, wie dem Auktor zuständen, woraus hervorgehe, daß ersterer nicht weniger, wie dieser selbst, privilegirte Hypotheken auflegen könnte, welche den nicht privilegirten älteren vorgehen müßten. — Diese Thibaut'sche Ansicht wurde denn auch bald ganz allgemein angenommen, vgl. außer den meisten neuern Lehrbüchern auch noch Spangenberg im zivil. Archiv X. Nr. 6, und in Hagemann's praktischen Erörterungen. Th. VIII. Abh. 2. Nr. 1. In neuerer Zeit trat aber dagegen wieder Hepp auf in der Gießer Zeitschrift IV. Nr. 3, und nachdem Thibaut im ziv. Archiv XIV. Nr. 10. hiergegen seine frühere Meinung in Schutz genommen, und sich ihr auch namentlich Löhr ebendaselbst S. 106 fgg. Note 16. angeschlossen hatte, vgl. auch juristische Zeitschrift für das Königreich Hannover. Jahrg. VII. S. 5, so wurde dieselbe abermals von Wächter im ziv. Archiv XIV. Nr. 13 angegriffen, dessen Abhandlung sich von ihren Vorgängern sehr vortheilhaft dadurch auszeichnet, daß hier nicht blos wie bisher aus allgemeinen Prinzipien gefolgert, sondern eine sorgsame Detailuntersuchung über die Frage angestellt wurde, ob sich die einzelnen Pfandprivilegien nach den Worten und dem Geiste der sie begründenden **leges singulares** auf sämmtliche Pfandrechte, oder nur auf diejenigen erstrecken, die von einem und demselben Verpfänder herrühren? Vgl. auch Sintenis S. 636 fgg., und die Lehrbb. von Mackeldey §. 777. a. E., Arndts §. 385. Anm. 4, Brinz §. 86. S. 345, Windscheid §. 246. Note 11. Nach der sorgfältigsten Prüfung glaube ich als Resultat den Satz hinstellen zu dürfen, daß als Regel Thibaut's Meinung die richtige sei, daß aber davon die eine Ausnahme anerkannt werden müsse, wenn ein Pfand aus den Zeiten des früheren Eigenthümers mit einem Pfandprivilegium wegen Anschaffung der Sache konkurrirt, denn in diesem Falle muß man nothwendig dem erstern den Vorzug geben, vgl. auch Göschen, Grundriß S. 185, Vorlesungen II. §. 350. S. 385, Keller, Pand. §. 207. Da der Beweis für diese Behauptungen nur durch ein sehr detaillirtes Eingehen in die einzelnen Gesetze, durch welche Pfandprivilegien begründet sind, und eine schrittweise Widerlegung der Wächter'schen Abhandlung geführt werden kann, so muß ich denselben hier übergehen.

Wenn nach der früherhin herrschenden Lehre auch der reservirten Hypothek ein Vorzug vor der privilegirten eingeräumt wurde, weil ja auch sie ein Pfand-

recht aus den Zeiten des frühern Eigenthümers sei, so ist dies freilich absolut verwerflich, denn eine eigentliche Reservation der Hypothek, so daß das Eigenthum gleich deducta hypotheca auf den neuen Erwerber überginge, ist unmöglich, weil das Pfandrecht gar nicht in den Eigenthums-Rechten enthalten ist, und man nicht behalten kann, was man gar nicht hat. Wird also eine Hypothek reservirt, so ist der Hergang vielmehr so, daß das volle Eigenthum der Sache auf den Erwerber übergeht, von diesem aber im Augenblick des Erwerbes dem frühern Eigenthümer ein Pfandrecht konstituirt wird, vgl. auch l. 1. §. ult. de reb. eor., qui sub tut. vel cura sunt (27, 9) und Büchel, zivilrechtl. Erörtr. I. 2. S. 73 fgg. (2. Aufl. S. 187 fgg.), woraus sich von selbst der große Unterschied zwischen einer s. g. reservirten Hypothek und dem Pfandrechte aus den Zeiten des frühern Eigenthümers ergiebt. Während das letztere dann, wenn es sich blos um das Alter handelt, jedenfalls allen andern vorgeht, weil es stets das älteste ist, ist dies bei der reservirten Hypothek keineswegs der Fall. Gesetzt: A. hat im Jahr 31 ein Generalpfand bestellt, erwirbt dann im Jahr 33 von dem B. ein Haus, welches dieser im Jahr 32 an den X. verpfändet hatte; bei der Veräußerung behält sich aber B. wegen einer früheren Darlehnsschuld ein Pfand an dem Hause vor. Hier rangiren sich die drei an dem Hause zusammentreffenden einfachen Pfandrechte in der Art, daß das Spezialpfand vom Jahre 32 das beste ist, das Generalpfand aber und die reservirte Hypothek sich einander gleichstehen, denn beide fangen gleichzeitig in dem Augenblick an, wenn der A. das Haus erworben hat. Doch hat jetzt Lang im ziv. Archiv XXVIII. S. 382 fgg. sich wieder hiergegen erklärt, indem er eine eigentliche reservatio oder deductio hypothecae statuiren will; aber er hat für diese gewiß irrige Ansicht keinerlei neue Gründe angeführt; vgl. auch Büchel 2. Auflage. S. 463 fgg., Dernburg I. §. 32. S. 271 fgg., bes. S. 278 fgg., Keller §. 207. a. E., Windscheid, Lehrbuch §. 246. Note 11. a. E.

2) Von den Pfandprivilegien. §. 386.

1) *Antonin.* l. 1. C. si propter public. pensitationes venditio fuerit celebrata (4, 46): Venditionem ob tributorum factam cessationem revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore ejus jura hypothecae sive pignoris praetendente; potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.

2) *Ulp.* l. 28. de jure fisci (49, 14): Si, qui mihi obligaverat, quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit: sciendum est in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse; quod et constitutum est, praevenit enim causam pignoris fiscus.

3) *Ulp.* l. 5. 6. 7. qui potior. in pignore (20, 4): Interdum posterior potior est priore, utputa, si in rem istam conservan-

dam impensum est, quod sequens credidit, velut si navis fuit obligata, et ad armandam eam rem vel reficiendam ego credidero; (l. 6.) hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam, quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat. §. 1. Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvae fiant, vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit; nam et ipsum naulum potentius est. §. 2. Tantundem dicetur, et si merces horreorum, vel areae, vel vecturae jumentorum debetur: nam et hic potentior erit. (l. 7.) Idemque est, si ex numis pupilli fuerit res comparata. Quare, si duorum pupillorum numis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expensae. Quodsi res non in totum ex numis cujusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, id est et antiquioris, et ejus, cujus numis comparata est.

4) *Dioclet.* et *Maxim.* l. 7. C. qui potior in pign. (8, 18): Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cujus pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur.

5) Nov. 97. c. 3: Novimus et antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas praeponere juniores existentes ex privilegiis a legibus datis, quale est, quando aliquis propriis pecuniis procuraverit navem comparare aut fabricare aut reparare, aut domum forsan aedificare, aut etiam emi agrum aut aliquid horum [ἤ τι τῶν ἄλλον. *Homb.* aut aliud quid]. In his enim omnibus priores existunt posteriores creditores, quorum pecuniis emta aut renovata res est, iis, qui etiam multo antiquiores sunt. Quaesitum est igitur, si mulier praetendens privilegium super antiqua dote — — prioribus voluerit praeponi creditoribus, veniat autem alter creditor, posterior quidem, praetendens autem, pecuniis suis emtam aut reparatam navem, aut domum aut agrum, et convenire, eum in his rebus, quae ejus pecuniis emtae aut reparatae sunt, habere praedictum privilegium: utrum oporteat dotem etiam talibus praeponi; in aliis quidem praevalere creditoribus, quicunque non talia praetendunt, his autem cedere, quoniam ex eorum substantia res acquisita est.

Plurimum igitur super his cogitantes, non invenimus mulierem juste existentem cedere alicui tali privilegio: — — volumus igitur secundum hoc, ut si quis domum renovasset, aut etiam agrum emisset, non possit talia privilegia mulieribus opponere.

Anm. 1. Privilegirte Pfandrechte stehen zu:

1) dem Fiskus wegen rückständiger Steuern. Wenigstens ist dies die in der Theorie, wie in der Praxis allgemein angenommene Meinung, die sich auch mit gutem Grunde auf T. 1. stützt. Zwar glaubt jetzt Wächter im ziv. Arch. XIV. S. 386 fgg., in diesem Reskripte werde nur ein einzelner Fall entschieden, in welchem das Pfandrecht wegen der Steuern früher zur Existenz gekommen sei, als die übrigen Hypotheken, und es sei also von einem Pfandprivilegium darin gar keine Rede; aber ich zweifle, daß Wächter's Erklärung — er überträgt die letzten Worte so: „denn die Abgaben gehen hier vor, da für sie schon früher das ganze Vermögen des Abgabepflichtigen verhaftet worden ist" — sich Freunde verschaffen wird. Vgl. auch Sintenis S. 629 fgg. und Strippelmann, neue Sammlung von Entscheid. des Ob. App. Gerichtes zu Cassel. Bd. V. Abth. 2. S. 396 fgg. Ob dem Fiskus auch wegen Kontrakts=Forderungen ein Pfandprivilegium zustehe, hängt von der Erklärung der außerordentlich bestrittenen l. 28. de jure fisci (T. 2.) ab. Abgesehen von manchen absolut unhaltbaren Meinungen vieler älteren Juristen, vgl. Glück XIX. S. 250 fgg, sind nur folgende Interpretationen zu erwähnen:

a) eine sehr verbreitete, schon in glossa ad h. l. angedeutete Ansicht geht dahin, daß der in l. 28. cit. dem Fiskus gegebene Vorzug blos der der Zeit sei, denn es sei hier durchaus von einem älteren Pfandrechte des Fiskus die Rede, vgl. z. B. *Donell.,* de pignorib. c. 14, Westphal, Pfandr. §. 164. Note 182. und Ders.: rechtl. Bestärkung der Meinung, daß herrschaftliche Forderungen aus einem Vertrage zwar mit einer stillschweigenden, aber nicht privilegirten Hypothek versehen sind. Halle 1778. 4. Diese Ansicht widerstreitet aber offenbar dem grammatischen Wortsinn unserer Stelle; auch durch die Emendation von *Fornerius* select. lib. II. c. 24. (bei *Otto* II. p. 74), welcher statt: cum fisco contraxerit lesen will: cum cum fisco cont., würde noch immer kein sprachrichtiger Ausdruck Ulpian's entstehen, und die von Riebel in Gießer Zeitschr. N. F. S. 286 fgg. vorgeschlagene Aenderung von: obligaverat in obligave*rit,* und von contraxerit in contraxe*rat* ist rein willkürlich, vgl. dagegen auch Regelsberger, Altersvorzug S. 87. Note g, Windscheid, Lehrb. §. 246. Note 2. Wenn man sich aber für diese Meinung noch vorzüglich auf l. 2. C. de privileg. fisci (7, 73) beruft, indem man von der Ansicht ausgeht, daß dies gerade die kaiserliche Konstitution sei, auf welche in l. 28. cit. verwiesen werde, so läßt sich zwar nicht leugnen, daß in beiden Gesetzen einige Wortähnlichkeit vorherrscht, doch aber behandeln beide Stellen ganz verschiedene Fälle, denn in l. 2. cit. ist ganz und gar nicht von Gütern die Rede, welche der Schuldner erst nach dem Kontrakt erwirbt.

b) Hennemann, über die bevorzugte Hypothek des Fiskus rc. Schwerin 1800, will unsere Stelle von dem Falle verstehen, wenn Jemand, der sein ganzes

gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen bereits verpfändet hatte, eine Sache vom Fiskus pachtet, und diese in der Folge eigenthümlich erwirbt. An dieser Sache soll der Fiskus ein Vorzugsrecht wegen der rückständigen Pachtgelder haben, so als wenn er ein Pfandrecht an seiner Sache schon vor der Veräußerung gehabt hätte. Obwohl Spangenberg im ziv. Archiv XI. Nr. 20. und Thibaut in den früheren Ausgaben des Systems §. 657. dieser Meinung beigetreten sind, so beruht sie doch offenbar auf ganz willkürlichen Suppositionen, und ist daher gewiß mit Recht von den bei Weitem meisten Juristen verworfen worden. Doch hat jetzt wieder Burchardi, Lehrbuch II. §. 207. S. 569 eine der Hennemann'schen sehr ähnliche Erklärung der l. 28. cit. aufgestellt.

c) Kein besseres Schicksal hat die Interpretation von Unterholzner, Abhandl. No. 2. gehabt. Dieser versteht unsere Stelle von einem Falle, da Jemand, welcher ein Generalpfand an seinem Vermögen konstituirt hatte, eine Sache daraus an den Fiskus verkauft; hier soll der Fiskus mit seinem Eigenthumsrecht dem Pfandrecht des creditor hypothecarius vorgehen. Offenbar aber müssen dem Zusammenhange der Stelle nach die Worte in re postea acquisita auf eine Sache gehen, welche der Debitor nachher erworben hat.

d) Auch Bachofen I. S. 260 fgg. will in der l. 28. cit. keine Singularität erkennen, sondern glaubt, daß hier der Fiskus lediglich nach den gewöhnlichen Prioritäts-Regeln den Vorzug habe. Um dieses aber herauszubringen, statuirt Bachofen einen eigenthümlichen Unterschied zwischen den gesetzlichen und den konventionellen Generalpfändern; die ersteren sollen an den später erworbenen Sachen ganz gleichzeitig mit dem Eigenthums-Erwerb anfangen, während bei den letztren die Entstehung des Pfandes dem Erwerb erst nachfolge; aus diesem Grunde sei also wirklich im Falle der l. 28. cit. das Pfandrecht des Fiskus älter, als das Konventionalpfand, und nur dieses sei es, was Papinian hier bemerklich machen wolle, und er denke nicht daran, dem Fiskus ein Privilegium einzuräumen; vgl. auch Huschke in Gießer Zeitschrift XX. S. 204 fgg. und *Laband*, privil. dot. p. 10. Vergeblich sucht man aber nach einem Beweise für jene angebliche Verschiedenheit in Betreff der Datirung, und damit fällt auch die aus dieser unbewiesenen und m. E. unbeweisbaren Prämisse gezogene Konsequenz von selbst zusammen.

e) Die herrschende Meinung, welche auch gewiß die richtige ist, geht endlich dahin, daß in jener Stelle ein Privilegium des Fiskus insofern enthalten sei, daß das Pfandrecht desselben wegen Kontraktsforderungen in Betreff der nach Abschluß des Vertrags erworbenen Güter ein Vorzugsrecht haben solle. Daß diese einzig natürliche Auslegung doch so viele Gegner findet, kommt daher, weil man glaubt, unsre Stelle, in diesem Sinne genommen, stehe in Widerspruch mit l. 21. pr. qui potior. in pign. (20, 4) und l. 2. C. de privileg. fisc. Dies ist aber irrig, denn in Betreff der l. 2. cit. ist schon vorher bei lit. a. angegeben worden, daß da gar nicht von Gütern die Rede ist, welche der Schuldner erst nach dem Kontrakt erwirbt, und in Rücksicht auf l. 21. cit. wurde bei einer andern Gelegenheit bemerkt, daß diese Stelle zu einer Zeit geschrieben wurde, wo dem Fiskus noch gar kein Legalpfand, viel weniger ein Pfandprivileg wegen Kontraktsforderungen zustand, und daß da blos von einem Falle die Rede ist, in

welchem dem Fiskus nur das zur Zeit des Vertrags vorhandene Vermögen verpfändet worden war, vgl. oben §. 369, Anm. 2. Faßt man nun die l. 28. cit. in ihrem richtigen Sinne auf, so entsteht noch die Frage, worauf die Beschränkung des fiskalischen Vorzugs auf die nachher erworbenen Sachen sich gründen möge? Die Ansicht von Zimmern in seinen und Neustetel's römischrechtl. Unters. S. 294 fgg., welche sich auf die völlig unbewiesene Hypothese gründet, daß das spätere fiskalische Spezialpfand einen Vorzug vor frühern Generalpfändern habe, und welche selbst unter Voraussetzung dieser Hypothese doch nicht genügt, ist gewiß zu verwerfen, vgl. auch dagegen Klenze in Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft VIII. S. 394 fgg., Sintenis S. 638. Note 2. Die jener Entscheidung zu Grunde liegende Idee ist vielmehr die, daß der Fiskus zwar nicht einen Vorzug vor älteren Pfandgläubigern haben solle, aber wohl vor denjenigen, deren Pfand allgemeinen Grundsätzen nach ein gleiches Datum mit dem des Fiskus hätte, vgl. hierüber Göschen, Grundriß S. 179 fgg., Vorles. Bd. II. §. 350. S. 378 fgg., Klenze a. a. O. S. 386 fgg., Hepp in Roßhirt's Zeitschrift I. S. 360 fgg., Mackeldey, Lehrbuch §. 319, Puchta, Lehrb. §. 211, Keller, Pand. §. 265. — In der That ist auch die richtige Auslegung der l. 28. cit. jetzt sehr allgemein angenommen, vgl außer den schon Angeff. auch noch Glück XIX. S. 248 und die dort Zitt., Seuffert, Erörtr. II. S. 123 fgg., Gesterding, Pfandrecht S. 262 fgg., Wächter im ziv. Arch. XIV. S. 378 fgg., Fritz, Erläutr. S. 603 fgg., Sintenis, Handbuch. S. 630 fgg., Pfeiffer, prakt. Ausführ. VIII. S. 15 fgg., Strippelmann, neue Sammlung Bd. IV. Abth. 1. S. 376 fgg. — Schweppe II. S. 326 fgg., Mühlenbruch §. 320, Wening §. 177, Schilling II. §. 221, Arndts §. 385. u. A. m.

2) Privilegirt ist seit Justinian auch die gesetzliche generelle Hypothek der Frau wegen der dos, l. 12. C. qui potior. in pign. (8, 18), §. 29. J. de actionib. (4, 6), Nov. 61. c. 1. i. f., Nov. 91. c. 1. Ob aber dieses Privilegium der Frau blos einen Vorzug vor andern Legalpfändern gebe, oder ob es sich auf alle Arten von Hypotheken erstrecke, war schon unter den Glossatoren bestritten, vgl. *Haenel*, dissessiones dominorum. Lips. 1834. p. 3 sqq., und der erstern Meinung folgten noch manche Spätere, z. B. *Donell.* de pignorib. c. 14, Westphal, Pfandrecht §. 164. Note 182 u. A. m. Die neue Theorie erklärt sich aber einstimmig gegen jene Beschränkung, und läßt das privilegium dotis auch gegen Konventional-Hypotheken wirken; offenbar mit Recht, da in den zitt. Gesetzen auch keine Spur jener Unterscheidung vorkommt, vgl. z. B. Glück XIX. S. 271 fgg., Tigerström, Dotalrecht II. S. 381 fgg. und die in diesen Schriften Angeff. Sehr streitig ist es dagegen noch h. z. T., wem außer der Frau selbst das privilegium dotis noch ferner zustehe, denn nach den vorher zitirten Gesetzen ist nur soviel anerkannt, daß es dem Vater und den Erben der Frau nicht, wohl aber den Kindern derselben (sowohl des ersten als der entfernteren Grade, Nov. 91. c. 1.) gebühre; das aber ist bestritten, ob die Kinder allgemein einen Anspruch darauf haben, oder nur dann, wenn sie mit einer Stiefmutter konkurriren? Das Erstre ist die herrschende Meinung, die in neuerer Zeit besonders vertheidigt wurde von Kamptz, Revision der Lehre vom Uebergang des Brautschatzprivilegiums auf die Deszendenten der Ehefrau.

Berlin 1811, Glück XIX. S. 273 fgg., XXVII. S. 170 fgg.. Seuffert, Erörtr. II. S. 131 fgg., *Buchholtz*, qui potior. rel. p. 16 sqq., Schweppe, Handbuch II. §. 362. geg. E., Fritz, Erläutr. II. S. 505 fgg., Tigerström, Dotalrecht II. S. 403 fgg., Sintenis, Handbuch S. 634 fgg., Göschen, Vorlesungen II. §. 350. S. 384, Mühlenbruch, Lehrbuch §. 320. not. 15, Strippelman, neue Sammlung IV. Abth. 1. S. 383 fgg., Keller, Pand. §. 205. Note 7 u. A., während sich für die andre Ansicht, den Kindern gebühre jenes Privileg nur der Stiefmutter gegenüber, früherhin besonders *Faber*, conjectur VIII. 13. und in neuern Zeiten Dabelow, Handbuch III. S. 442 fgg. und Löhr im Archiv V. S. 290 fgg. aussprachen. Ich nehme keinen Anstand, mich der herrschenden Lehre anzuschließen. Zwar scheinen allerdings die Worte der l. 12. §. 1. C. qui potior. („Exceptis videlicet *contra novercas* anterioris matrimonii filiis, quibus pro dote matris suae jam quidem dedimus hypothecam contra paternas res, vel ejus creditores, in praesente autem similem praerogativam servamus, ne quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur: sed sic maneat eis jus incorruptum, quasi adhuc vivente matre eorum. Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore praerogativam manere volumus") gar sehr für Löhr's Ansicht zu sprechen, aber dieser Schein verschwindet, wenn man dieselben in ihrem ganzen Zusammenhange betrachtet. Voraus geht nämlich der Satz, daß die Frau mit ihren Dotalprivilegien allen übrigen Gläubigern des Mannes vorgehen soll, obwohl dieselben eine frühere Hypothek hätten. Von diesem Satze soll nun eine Ausnahme in den ausgezogenen Worten begründet werden, und dieselben haben also nur folgenden Sinn: „wenn auch die Frau regelmäßig einen Vorzug vor allen Gläubigern hat, so ist dies doch bei der Stiefmutter, die mit den Kindern aus einer früheren Ehe zusammentrifft, nicht der Fall, denn den Kindern steht das Dotalprivilegium ganz so zu, als wenn ihre Mutter noch lebte, und sie müssen also ihrer Stiefmutter vorgehen". Nach dieser sich aus dem Zusammenhange der Stelle von selbst ergebenden Interpretation ist schon die l. 12. cit. für die Kamptz'sche Ansicht entscheidend; dieselbe wird aber durch Nov. 91. außer allen Zweifel gesetzt. Hier werden nämlich, nachdem schon in der praef. die für die richtige Meinung sehr bedeutenden Worte vorkommen: „non enim aliis dedimus dudum et damus hoc privilegium, aut heredibus, aut creditoribus, sed solis filiis", in cap. 1. mit ausdrücklicher Hinweisung auf die l. 12. C. cit. die drei Fälle, wenn die beiden Frauen noch leben, wenn beide mit Hinterlassung von Kindern gestorben sind, und wenn nur Eine mit Kindern gestorben ist, die Andre noch lebt, gleichmäßig dahin entschieden, daß stets das Privilegium für die ältere dos dem jüngeren vorgehen soll, und für diese Entscheidung wird bei allen drei Fällen ein und derselbe Grund angeführt: bei zwei ganz gleichen Pfandprivilegien muß das Alter den Ausschlag geben. Dieser Grund würde aber nach Löhr's Theorie weder dann passen, wenn die beiderseitigen Kinder, noch auch dann, wenn die erste Frau und die Kinder der zweiten zusammentreffen. — Nach einer besonderen Verordnung Justinian's soll das bisher besprochene Dotalprivilegium für das augmentum dotis nur dann gelten, wenn dasselbe in Immobilien besteht, Nov. 97. c. 2. — Dürfte man das Recht,

Prof. Dr. Iur. Elemér Balogh

was Justinian in der l. 30. C. de jure dot. der Frau an den Dotalsachen selbst einräumt (§. 220), ein Pfandrecht nennen — was es aber gewiß nicht ist, s. auch Dernburg S. 383 —, so würde auch dieses zu den privilegirten Pfandrechten gezählt werden müssen, und zwar würde es unzweifelhaft das privilegirteste von allen sein. Dies ist die Anschauung von *Laband,* priv. dot. p. 44 sqq., der zwar also der Sache nach Recht hat, aber mit Unrecht den neueren Darstellungen vorwirft, daß sie dieses [angebliche] Pfandprivilegium ignorirten.

3) Die übrigen Pfandprivilegien, die man früher einzeln neben einander stellte, vgl. auch z. B. Glück XIX. S. 288 fgg., müssen unter den allgemeinen Gesichtspunkt der *versio in rem* zusammengefaßt werden, vgl. besonders Schweppe, jurist. Magazin. Heft I. Nr. 4, desselben System des Konkurses der Gläubiger §. 70. und Handbuch II. §. 362, Heise, Grundriß. 3te Aufl. S. 61. Note 27, Zimmern in seinen und Neustetel's römischrechtl. Untersuchungen I. S. 282 fgg., Seuffert, Erörtr. II. S. 118 fgg., Göschen, Grundr. S. 184 fgg., Vorles. II. §. 250. S. 384 fgg., Fritz, Erläuterungen II. S. 509 fgg., Sintenis, Handbuch S. 624 fgg., Mühlenbruch §. 320, Puchta §. 211, Arndts §. 385, Brinz §. 86. S. 343, Keller §. 205 u. A. m. Betrachtet man nämlich die einzelnen gesetzlichen Entscheidungen (T. 3—5, und dazu noch l. 3. §. 1. qui potior in pign.), so wird es von selbst klar, daß hier nicht leges singulares vorliegen, sondern daß von den römischen Juristen Regeln aus der Natur der Sache entwickelt werden, daß also dies ganze Privilegium ein Produkt der Doktrin ist. Daraus ergiebt sich von selbst, daß wir nicht bei den einzelnen gesetzlichen Fällen stehen bleiben dürfen, sondern aus ihnen folgenden allgemeinen Grundsatz ableiten müssen: wenn Jemand Etwas aufgewendet hat, um einem Anderen eine Sache zu verschaffen, auszubessern oder zu erhalten, und es ist ihm eben wegen dieser Aufwendung an der fraglichen Sache entweder vertragsmäßig in continenti ein Pfandrecht bestellt worden, oder es steht ihm gesetzlich ein solches zu, so ist dieses Pfandrecht privilegirt. Auf die Qualität des Gegenstandes kommt es dabei gewiß nicht an, und man darf also nicht mit Thibaut §. 803. a. E. Immobilien und Schiffe ausdrücklich nennen. Eben so wenig darf man auch mit Zimmern a. a. O. und *Buchholtz,* qui potior. p. 29 sqq., s. auch Sintenis S. 626, ein eigentliches Gelddarlehn verlangen, sondern schon nach den Worten der Gesetze, vgl. bes. l. 7. pr. qui potior. und Nov. 97. genügt jede Art von Aufwendung, wenn nur die anderen Requisite dieses Privilegs vorhanden sind. Endlich ist es auch gewiß nicht zu billigen, wenn Viele den Fall ausschließen wollen, wenn Jemand eine Sache auf Kredit verkauft und sich wegen des Pretium ein Pfandrecht vorbehalten hat, vgl. z. B. Glück XIX. S. 411 fgg., Seuffert cit. S. 121, Schröter in Gieß. Zeitschr. I. S. 430, Sintenis S. 628, denn es ist für unsre Frage offenbar einerlei, ob ich Jemanden Geld zum Ankauf einer Sache leihe, oder ob ich ihm den Kaufpreis kreditire, vgl. auch Thibaut, civ. Abh. S. 317.

Anm. 2. Treffen mehrere privilegirte Pfandrechte zusammen, so muß dabei regelmäßig das Alter den Ausschlag geben; doch giebt es einige s. g. absolut privilegirte Pfänder, und zwar kommt, abgesehen von dem angeblichen

Prof. Dr. iur. Elemér Balogh

Pfandrechte der Ehefrau an den Dotalsachen (s. die vorhergehende Anm. bei Nr. 2 a. E.), zuerst der Fiskus wegen rückständiger Steuern und Abgaben, T. 1, und hierauf der, welcher zur Anschaffung einer wiederverkäuflichen militia Geld dargeliehen, und sich ausdrücklich in einer von Zeugen unterschriebenen Urkunde ein Vorzugsrecht ausbedungen hat, Nov. 97. c. 4. Alle übrigen Privilegien (mit Ausnahme eines Falls, vgl. das Ende dieser Anm.) stehen sich dagegen gleich, und müssen also nach dem Alter rangirt werden. — Von dieser Darstellung finden sich besonders zwei Abweichungen: die herrschende Lehre geht nämlich dahin, daß auch die Frau zu den absolut privilegirten hypothecarii gehöre, und ihr demgemäß der Vorzug vor dem Pfandprivilegium propter versionem in rem gebühre, l. 12. C. qui potior., Nov. 97. c. 3, vgl. Glück XIX. S. 342 fgg., Sintenis S. 647, Mühlenbruch, Lehrbuch §. 320, Göschen, Vorles. II. §. 351. S. 387, Strippelmann, neue Sammlung IV. Abth. 1. S. 379, *Laband,* privilegii dotalis hypothecarii origo, historia atque indoles. Vratisl. 1858. bes. p. 48 sqq., Keller, Pand. §. 205, Windscheid, Lehrbuch §. 246. Note 8 u. A. m. und eine zweite viel seltnere Abweichung ist die, daß umgekehrt der Fiskus kein absolutes Privilegium habe, und namentlich die Frau demselben vorgehe, eine Meinung, die abgesehen von manchen Aelteren, neuerlich auch wieder von *Buchholtz* cit. pag. 27 sqq. und Sintenis S. 646. 648 fgg., vertheidigt worden ist. Man muß sich aber dagegen erklären. Vor Justinian gab es nur ein Pfandprivilegium wegen der Steuern und Abgaben und wegen versio in rem, und für diese Zeit muß man sicher dem erstern den Vorzug einräumen (T. 1). Durch Justinian kam dann noch das Privilegium wegen der dos hinzu, und zwar wurde in l. 12. C. qui potior. in pign. ein Vorzug der Frau vor allen einfachen, wenn gleich älteren Hypotheken festgesetzt („potiora jura contra omnes mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio velati"). Das Verhältniß zu den übrigen privilegirten Pfändern blieb aber ganz unerörtert, und so konnte dann später die Frage entstehen, ob die ältere Hypothek der Ehefrau auch der jüngeren privilegirten wegen versio in rem vorgehe? und diese Frage allein beantwortet Justinian in Nov. 97. c. 3. (T. 5.) zu Gunsten der dos, woraus doch unmöglich ein allgemeiner Vorzug des Dotalprivilegiums vor dem wegen einer versio in rem gefolgert werden darf, denn die gewöhnliche Argumentation: „die Ehefrau geht dem jüngeren Pfandgläubiger propter versionem in rem vor; dieser jüngere geht aber dem älteren derartigen Kreditor vor, also hat die Frau auch einen Vorzug vor dem älteren creditor propter versionem in rem", ist offenbar unzulänglich, weil der Vorzug der Jugend sich blos auf das Verhältniß mehrerer Pfandrechte propter versionem in rem unter einander bezieht. Im folgenden Kapitel derselben Novelle wird dann noch das Verhältniß des Dotalsprivilegs zu dem wegen Anschaffung einer militia auf die oben angegebene Weise bestimmt, worüber auch kein weiterer Streit vorkommt. Faßt man also die Quellen im Zusammenhang auf, und argumentirt man nicht aus einzelnen losgerissenen Worten, so scheint es unzweifelhaft, daß der Fiskus durch die späteren Verordnungen Justinian's von seinem ersten Platz nicht verdrängt wurde, und das Dotalprivilegium keinen Vorrang vor anderen Privilegien erhalten hat, vgl. Westphal, Pfandrecht

S. 233 fgg., Meißner, vom stillschw. Pfand. §. 174, Gesterding, Pfandr. S. 285 fgg., Seuffert, Erörtr. II. S. 135 fgg., Schweppe, Handbuch II. §. 363, Schröter in Gießer Zeitschrift I. S. 341 fgg., Tigerström, Dotalrecht II. S. 383 fgg., Puchta §. 211, Arndts §. 385. Anm. 3, Brinz §. 86. S. 344 u. A. Die letzte Stelle unter den privilegirten Pfandgläubigern muß jedenfalls der Fiskus wegen Kontrakts-Forderungen einnehmen, denn da derselbe schon dem ältern einfachen Pfandgläubiger nachsteht, Anm. 1. Nr. 1. a. E., so muß er noch um so viel mehr allen denjenigen nachstehen, die einen Vorzug vor den einfachen älteren Pfandgläubigern haben, Göschen, Grundriß S. 187, Vorles. II. §. 351. S. 387, Hepp in Roßhirt's Zeitschrift I. S. 163 fgg., Pfeiffer, prakt. Ausführ. VIII. S. 21 fgg., *Laband* cit. p. 44. 61, Keller §. 205. a. E.

3) Priorität der Zeit. §. 387.

Leo l. 11. C. qui potior. in pignor.: Scripturae, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis necne, transigendi vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coëundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae *ἰδιόχειρα* graece appellantur, sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii vel alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis, sive non: licet conditionales sint, quos vulgo Tabularios appellant, sive non: quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Si autem jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.

Anm. Wenn kein Pfandprivileg entscheidet, so geht das ältere Pfandrecht dem jüngern vor, l. 3. pr., l. 8. qui potior. in pign. (20, 4), l. 4. 8. 12. §. 1. C. eod. (8, 18), Nov. 91. c. 1. und in dieser Rücksicht muß man sich an die Grundsätze erinnern, die oben bei den einzelnen Arten von Pfändern über die Datirung derselben besprochen worden sind. Was aber den Beweis des Alters anbelangt, so ist hier besonders die unendlich bestrittene Verordnung von Leo (vgl. den abgedr. T.) hervorzuheben, welche richtiger Ansicht nach nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes enthält, daß Privaturkunden regelmäßig nur gegen den Aussteller beweisen, und deren Inhalt einfach folgender ist: wenn Jemand einem andern Pfandgläubiger gegenüber das höhere Alter

seines Pfandes beweisen will, so darf er zu diesem Zweck nicht eine einseitig blos vom Verpfänder ausgestellte Urkunde gebrauchen, denn damit würde er zwar wohl die Existenz seines Pfandrechts, nicht aber auch das Datum desselben beweisen können, sondern er muß, falls er durch Urkunden seinen Beweis führen will, entweder eine öffentliche, oder eine von drei glaubhaften Männern unterschriebene Urkunde produziren; vgl. *Hofacker*, de praerogativa pignorum publicor. Tüb. 1780, Bolley, die Lehre von öffentlichen Unterpfändern. Tüb. 1802, Glück XVIII. S. 278 fgg., Leonhardt, zur Lehre von dem Grundeigenthum S. 167 fgg., Madai zu Mühlenbruch §. 306. Note 2 und im Wesentlichen auch Gesterding, Ausbeute von Nachforsch. Bd. II. S. 443 fgg. und Pfandrecht S. 292 fgg. Ist diese Ansicht die richtige, so ergeben sich daraus von selbst folgende Sätze:

1) Beweist der Eine das Alter seines Pfandrechts durch eine öffentliche Urkunde, der Andere aber gar nicht durch Urkunden, sondern durch beliebige andere Beweismittel, so kann das öffentliche Pfand als solches keinen Vorzug in Anspruch nehmen, sondern die beiden Pfandrechte rangiren sich nach dem Alter.

2) Beweist der Eine das Datum seines Pfandrechts durch eine Privaturkunde, der Andere durch eine öffentliche Urkunde oder ein beliebiges anderes Beweismittel, so steht immer das Privatpfandrecht dem auf andere Art bewiesenen nach.

3) Wenn ein privilegirtes Privatpfand mit einem nicht privilegirten öffentlichen Pfandrecht zusammentrifft, so geht doch das erstere vor, weil es hier auf einen Altersbeweis gar nicht ankommt. Doch sind gerade in dieser Beziehung Manche anderer Meinung, welche im Uebrigen der richtigen Ansicht folgen, wie namentlich Bolley a. a. O. §. 119. und Glück XVIII. S. 292. und XIX. S. 247. Diese gehen nämlich von der Ansicht aus, daß Privaturkunden einem Dritten gegenüber gar nichts, und also auch nicht einmal die Existenz eines Pfandrechts beweisen könnten; was aber freilich irrig ist, denn eine Privaturkunde beweist insofern auch gegen einen Dritten, als der Aussteller in derselben eine von seinem Willen abhängige Disposition getroffen hat. Das Vorhandensein des Pfandrechts kann also vollständig auch durch eine Privaturkunde dargethan werden, und nur zum Beweis des Alters genügt eine solche nicht; vgl. auch Leonhardt a. a. O.

Leider wird aber diese, der Natur der Sache eben so sehr wie den Worten des Gesetzes entsprechende Ansicht aus gewiß unbedeutenden Gründen, die sich fast nur auf den eben gerügten Irrthum Bolley's und Glück's beziehen, heut zu Tage fast allgemein verworfen, und dagegen die andere Meinung vertheidigt, daß durch Leo's Verordnung wirklich ein Rangverhältniß unter Pfändern, deren Alter bewiesen sei, bestimmt sein soll. Doch ist man im Einzelnen sehr uneinig, und zwar muß man vornämlich zwei Hauptmeinungen von einander unterscheiden:

a) Die eine Parthei, an deren Spitze besonders v. Löhr steht, im Archiv für zivil. Praxis VI. Abh. 6. und XII. Abh. 9, vgl. auch Thibaut §. 805, Wening §. 178, Burchardi, Lehrbuch II. §. 207. S. 571 fgg. geht davon aus, daß jedes Pfandrecht, welches nicht in einer öffentlichen oder von

56*

drei Zeugen unterschriebenen Urkunde enthalten sei, ein **pignus privatum** sei, und also nach Leo's Verordnung dem **pignus publicum** nachstehe, möge es übrigens ein willkürliches oder nothwendiges, möge es in einer Urkunde enthalten sein, oder nicht.

b) Die andere Parthei dagegen faßt Leo's Verordnung nicht so allgemein auf, sondern bezieht dieselbe nur auf vertragsmäßige Urkunden-Pfänder, so daß also ein **pignus legale** oder **praetorium**, oder ein mündlich bestelltes Konventionalpfand kein **pignus privatum** sei, und demnach durch Leo's Verordnung gar nicht getroffen werde, vgl. z. B. Schweppe, Konkurs. 2te Aufl. S. 133. und Handbuch §. 365, Seuffert, Erörtrungen II. S. 140 fgg., Francke, Beiträge I. S. 105 fgg., Hepp in Elvers allgem. jur. Zeitschr. 1830. No. 85 fgg., Fritz, Erläutr. S. 520, Haimberger im ziv. Archiv XXI. S. 235 fgg., Göschen, Vorles. II. §. 352, Mühlenbruch §. 306, Puchta, Kurs. der Institut. II. §. 250. gegen Ende, Lehrbuch §. 212, Vorles. ad h. l., Arndts §. 386, Brinz §. 86. S. 343 fgg., Keller §. 306 u. A. m. Hiernach wird dann der Fall, wenn zwischen zwei Pfandgläubigern, wovon der ältere A. ein **pignus privatum**, der jüngere C. ein **pignus publicum** hat, ein dritter B. in der Mitte steht, dessen Pfand weder ein **privatum** noch ein **publicum** ist, gewöhnlich so entschieden, daß C. hier dem B. gegenüber die Rechte des A. bis zu der entsprechenden Summe ausübe, und also nicht nur unbedingt dem A., sondern auch bis zum Belauf der Forderung dieses Letzteren dem B. vorgehe. Da dieses aber jeden Falls willkürlich — denn Leo deutet eine solche Entscheidung auch nicht im Entferntesten an —, und überdies inkonsequent ist, da hier C. aus dem älteren Datum des A. Vortheil ziehen soll, während er dasselbe doch nicht zu seinem Nachtheil anerkennt, vgl. auch **l. 16. qui potior. (20, 4)**: so nimmt Fritz cit. hier wirklich einen **circus inextricabilis** an, der nur durch einen Vergleich zwischen allen drei Kreditoren, oder doch zwischen zweien derselben aufgehoben werden könne! Daß übrigens die Entscheidung jenes Falls gar keine Schwierigkeit hat, wenn man der oben angedeuteten richtigen Ansicht über Leo's Verordnung folgt, versteht sich von selbst. Konkurriren nämlich mehrere nicht privilegirte Gläubiger in der angegebenen Weise, so muß nothwendig A. allen Anderen nachstehen, weil er überhaupt den Beweis des Alters gar nicht erbracht hat; B. und C. dagegen rangiren sich nach dem Alter, und es muß also überhaupt zuerst B, dann C, und zuletzt A kommen. Zu demselben Resultat gelangt auch, obwohl freilich aus ganz verschiedenen Gründen, Sintenis, pfandrechtl. Streitfr. S. 116 fgg., und Handb. §. 30; vgl. auch dessen prakt. Zivilr. I. §. 80. S. 653 fgg.

Anm. 2. In manchen Fällen entscheidet ausnahmsweise nicht das Alter, wie namentlich, wenn mehrere Prätorische Pfandrechte unter einander konkurriren, vgl. **l. 12. pr. de reb. auct. jud. poss. (42, 5), l. 5. §. 2 sqq. ut in possess. (36, 4), l. 15. §.15. de damno infecto (39, 2), l. 10. pr. C. de bon. auct. jud. poss. (7, 72), l. 2. C. qui potior. in pign. (8, 18)**, und eben so muß der Natur der Sache nach, denn die oft hierfür angeführte **l. 5. qui potior. in pign.** sagt dies freilich nicht, sogar das jüngere Pfandrecht dem ältern vorgehen, wenn beide wegen Erhaltung und Wiederherstellung der

verpfändeten Sache zustehen. Ueber den Fall, wenn mehrere gleichzeitige Pfandrechte zusammentreffen, vgl. l. 20. §. 1. de pign. act., l. 10, l. 16. §. 8. de pignorib., l. 1. §. 1. de Salviano interd. (43, 33), und Gesterding, Pfandr. S. 238 fgg., Sintenis §. 49. Die von manchen, z. B. von Thibaut, Syst. §. 806. not. a. noch hierher gezogene l. 13. qui potior. in pign. gehört aber gewiß nicht hierher, da sie nur die Auslegung eines zweifelhaften Vertrags enthält.

4) Von dem Verhältniß des besseren und schlechteren Pfandgläubigers unter einander. §. 388.

Anm. Man hat in Betreff dieses Verhältnisses in neuerer Zeit mehrfach behauptet, die Ansicht des älteren römischen Rechts sei gewesen, daß die zweite Verpfändung nur als eine bedingte zu betrachten sei, die nur alsdann Wirksamkeit äußere, wenn das erste Pfandrecht aufhöre, und im Augenblick des Aufhörens sich die Sache noch in bonis des Verpfänders befinde, vgl. Müller im ziv. Archiv XI. S. 388 fgg., Löhr, ebendas. XVI. S. 168 fgg., und Gesterding, Pfandrecht S. 107 fgg., S. 244 fgg. behauptet sogar, daß jene Grundansicht über die zweite Verpfändung selbst noch im Justinianischen Recht gelte. Beide Behauptungen gründen sich auf die bekannte l. 9. §. 3. qui potior. in pign., von der aber schon früher nachgewiesen worden ist, daß sie von eigentlich dinglichen Pfandrechten gar nicht redet, vgl. oben S. 834. Vielmehr war es gewiß von jeher die Ansicht des röm. Rechts, daß der zweite Pfandgläubiger sogleich ein festes dingliches Recht an dem Pfandobjekte erhalte, welches aber freilich zunächst dem besseren Pfandgläubiger gegenüber wirkungslos ist, und daraus erklärt es sich recht gut, wie Marcian in l. 12. §. 9. qui potior. in pign. gerade in dieser letztern Beziehung sagen kann: omnino secundus creditor nil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ejus succedat, während doch eben derselbe dem zweiten Kreditor gegen jeden dritten Besitzer die actio hypothecaria gestattet, l. 12. pr. und §. 7. eod., und ihm, wenn der erste Kreditor verkauft hat, einen Anspruch auf die hyperrocha giebt, l. 12. §. 5. eod., vgl. l. 20. eod. Hiermit hängt denn auch die freilich schon öfter besprochene (vgl. über die Literatur dieser Streitfrage Archiv für ziv. Praxis XV. S. 353 fgg.), in neuerer Zeit aber besonders von Bopp in Gieß. Zeitschr. III. S. 234 fgg. angeregte Frage zusammen, ob der schlechtere Pfandgläubiger auch das jus distrahendi habe? Während Bopp a. a. O. und im Archiv XV. S. 350 fgg. dieselbe unbedingt bejaht, vgl. auch Trotsche, Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 39 fgg. Note 41, erklärten sich besonders v. Löhr im Arch. XIV. S. 169 fgg., Fritz, Erläuterungen S. 531 fgg., und Sintenis pfandrechtl. Streitfragen S. 122 fgg. und im Handb. §. 68 dagegen. Offenbar muß man so sagen: „der schlechtere Pfandgläubiger hat als Pfandgläubiger dem besseren gegenüber kein Veräußerungsrecht, vgl. bes. l. 1, l. 5. pr. de distract. pign. (20, 5), l. 8. C. qui potior. in pign. (8, 18), [und für die entgegengesetzte Meinung spricht auch nicht die von Bopp besonders angeführte l. 15. §. 5. de re judic. (42, 1); denn dort wird dem Richter bei der Exekution die Befugniß

drei Zeugen unterschriebenen Urkund
und also nach Leo's Verordnun
übrigens ein willkürliches oder r
sein, oder nicht.

b) Die andere Po
mein auf, sondern bezieht b
so daß also ein pignus
Konventionalpfand ke
ordnung gar nicht c
S. 133. und Ho
Francke, Beitr
No. 85 fgg.
S. 235 fgg
Kurs. der
Arndt
nach
A.
J

äußern, wenn der Käufer bereit
die zugesprochene Summe zu
geschehen, so wird dieselbe
bessere Kreditor abgefund
Kreditor gegenüber aller
echten vermag.

XIII.

... von der persönlichen Klage, ...kraft zusteht, der actio pignoraticia in p... ...gationen-Recht gehört, sondern nur von den Rechtsm... ...war dazu bestimmt sind, das Pfandrecht geltend zu machen. ... hat aber auch der Pfandgläubiger noch manche andere Rechtsmittel, welche ...elbar zu demselben Zweck hinwirken, und so hat er z. B. utiliter die *actio confessoria* und *negatoria*, l. 16. de servit. (8, 1), die *actio finium regundorum*, l. 4. §. 9. finium regundor. (16, 1), die *actio legis Aquiliae*, l. 17. pr., l. 30. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2), die Diebsklagen, l. 2. de condict. tritic. (13, 3), l. 87. de furt. (47, 2), einen Anspruch auf Bestellung der *cautio de damno infecto*, l. 11. de damno inf. (39, 2), ein Recht zur *novi operis nuntiatio*, l. 9. de novi oper. nunc. (39, 1). Eben so stehen auch dem Faustpfandgläubiger die *interdicta retinendae* und *recuperandae possessionis* zu, l. 35. §. 1. de pignor. act. (13, 7), l. 1. §. 9. de vi et vi armata (43, 16), so wie er sich auch des *interdict. quod vi aut clam* und des *interdict. de precario* bedienen kann, l. 11. §. 14. quod vi aut clam (43, 24), l. 6. §. ult. de precario (43, 26). Vgl. auch Sintenis in Gießer Zeitschrift VII. S. 423 fgg. und im Handbuch §. 61, Jhering, Abhh. S. 121 fgg., Schmid, Grundlehren der Zession I. S. 163 fgg.

1) Von der actio hypothecaria. §. 389.

1) §. 7. J. de act. (4, 6): Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius Praetoris jurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur, quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur.

2) *Papinian.* l. 66. pr. de evict. (21, 2): Si, quum venditor admonuisset emtorem, ut Publiciana potius, vel ea actione, quae de fundo vectigali proposita est, experiretur, emtor id

facere supersedit
mittitur stipula'
bari potest; l
possessionem
unde fit, ut
I. S. 36 f
3) *F*
a de'
e
gere
cetera bon
neraliter acc
conventione, secu
quam solus inveniet
wird vollständig bestätig
Bas. p. 115, und sie giebt
nöthig hätte, mit *A. Faber*,
zu lesen: *certa* bona (unter den
Gläubiger speziell verpfändeten Sach
Cujac. obss. XI. 32. und ad libr. III.
(tom. IV. p. 949 sqq.) statt: quae general
quae *specialiter* accepit, obwohl namentlich d
von sehr Vielen adoptirt ist. Vgl. über die verschie
Glück XVIII. S. 246 fgg., Baumbach, Vertheid. ei
Lesart in l. 2. qui potior. Jena 1820, Roßhirt in seiner
I. S. 14, Thibaut im civ. Archiv XVII. S. 6 fgg., Bachofe
S. 187 fgg., Simon im civ. Archiv XLI. S. 34 fgg.

die konsequente Interpretation eines stillschweigenden
bedenklich die darauf gegründete Einrede jedem
ib stehenden Sache ein, Zimmern in Gießer
Ansicht ist auch gewiß die richtige, führt aber
u einer Unterscheidung, auf die besonders
fgg. aufmerksam gemacht hat, vgl. auch
h zu einem Generalpfand eine Spezial-
die Absicht sein, dem Gläubiger noch die
gewähren, und deren giebt es wirklich
34. pr. de pignorib., l. 9. quae
le furtis (47, 2), und noch andere
ng der Kontrahenten; von der
solchen Falle niemals die
ialhypothek ein Generalpfand
ührten Gesetze, so liegt es
n stillschweigenden Vertrag
ht auch an dem ganzen
nächst die speziell ver-
Vertrag darf dann
li] verweisen, arg.
e s. g. exceptio
sie auch absolut,
ht, und nur,
ung gemacht
Besitzer des
ersonalis
andere
ial-
en

4) *Sever.* et *Antonin.* l. 2. C. de pignorib. (8, 14): Quamvis constet, specialia quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, et aequale jus in omnibus habere, jurisdictio tamen temperanda est. Ideoque, si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea quae postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri praeses provinciae jubebit.

5) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 9. C. de distract. pignor. (8, 28): Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis et solemniter vendere. Ita enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit.

Quod si quid deerit, non prohibemini, cetera etiam bona jure conventionis consequi.

Anm. 1. Ueber die geschichtliche Entwicklung der Pfandklage und die damit zusammenhängenden Benennungen derselben (actio Serviana, quasi Serviana, Serviana utilis; actio pignoratitia, hypothecaria) vgl. Löhr in dessen und Grolman's Magazin für Rechtsw. und Gesetzg. III. S. 129 fgg., Glück XVIII. S. 309 fgg., Duroi im ziv. Archiv VI. S. 399 fgg., Francke, Abh. S. 103 fgg., Büchel, zivilr. Erörtr. Nr. 2. S. 104 fgg. (2. Auflage. Bd. I. S. 215 fgg.), Sintenis, Handb. §. 25, bes. S. 200 fgg. und §. 49. S. 540 fgg., Rudorff a. a. O. S. 226 fgg., Bachofen I. S. 27 fgg., S. 631 fgg., Dernburg I. S. 61 fgg. Die formula hypothecaria, deren Konstruktion für die Theorie des römischen Pfandrechts von eingreifender Wichtigkeit ist, war im Wesentlichen so gefaßt: „Judex esto. Si paret, eam rem, qua de agitur, ab eo, cujus in bonis tum fuit, Ao. Ao. pignoris nomine obligatam esse pro pecunia, quam ille Ao. Ao. ex mutuo dare oporteret, eamque pecuniam solutam non esse, neque eo nomine satisfactum esse, neque per Am. Am. stare, quominus solvatur, nisi arbitratu tuo N. N. Ao. Ao. restituat aut pecuniam solvat, quanti ea res erit, tanti Nm. Nm. Ao. Ao. condemna, s. n. p. a." Vgl. Bachofen I. S. 48 fgg., vgl. mit S. 637 fgg. und die dort Angeff., Keller in Richter's krit. Jahrb. 1846. S. 981 fgg., Dess. röm. Zivilproz. §. 33, Brinz, Lehrb. §. 85. S. 335 fgg., Dernburg I. S. 76 fgg., Schmid, Grundlehren der Zession I. S. 97 fgg.

Anm. 2. Unter den der actio hypothecaria entgegenstehenden Einreden sind besonders die s. g. Excussions-Einreden hervorzuheben, indem man den Kläger entweder auf eine andere Sache (s. g. beneficium excussionis realis), oder auf eine andere Person verweist (s. g. benef. excuss. personalis). Was nun:

a) das benef. exc. *realis* anbelangt, so ist hier freilich so viel gewiß, daß, wenn Jemanden neben einem Spezialpfand das übrige Vermögen ausdrücklich nur *in subsidium* verpfändet wurde, der Kreditor an diesen anderweiten Sachen nur ein bedingtes Pfandrecht hat, und gegen Niemanden eher mit der a. hypothecaria auftreten kann, als bis es gewiß ist, daß er aus dem Spezialpfand keine vollständige Befriedigung erlangt, vgl. auch arg. l. 2. qui potior. (T. 3.) in welcher Stelle, nach der gewiß richtigen Florent. Lesart allerdings nicht dieser Fall, sondern der umgekehrte erörtert wird, wenn ein generelles Pfand konstituirt, und darneben ausgemacht ist, daß bestimmte einzelne Sachen nur in subsidium verpfändet sein sollen. — Wie aber verhält es sich, wenn unbestimmt eine Spezial- und eine Generalhypothek in einem Gläubiger zusammentreffen? Viele nehmen für diesen Fall ein durch T. 4. und 5. begründetes jus *singulare*, ein wahres *beneficium* an, welches eben deßhalb auch nur den Personen zustehe, denen es im Gesetz besonders ertheilt sei, und hiernach wird es denn, je nachdem man T. 5. versteht, bald blos einem anderweiten Pfandgläubiger zugesprochen, Gesterding S. 389 fgg., bald wenigstens einem anderen Pfandgläubiger und dem Schuldner selbst, Hepp im zivil. Archiv IX. Abh. 19, Schröter in Gießer Zeitschrift I. S. 327 fgg. Andere aber finden in jenen kaiserlichen Verordnungen überhaupt

nichts Singuläres, sondern nur die konsequente Interpretation eines stillschweigenden Vertrags, und räumen daher unbedenklich die darauf gegründete Einrede jedem Besitzer einer blos im Generalpfand stehenden Sache ein, Zimmern in Gießer Zeitschr. I. S. 47 fgg. Die letztere Ansicht ist auch gewiß die richtige, führt aber konsequent durchgeführt nothwendig zu einer Unterscheidung, auf die besonders Thibaut im civ. Arch. XVIII. S. 1 fgg. aufmerksam gemacht hat, vgl. auch Sintenis S. 494 fgg. Kommt nämlich zu einem Generalpfand eine Spezialhypothek hinzu, so kann hier durchaus nur die Absicht sein, dem Gläubiger noch die besonderen Vortheile eines Spezialpfands zu gewähren, und deren giebt es wirklich mehrere nicht unbedeutende, vgl. l. 6—8, l. 34. pr. de pignorib., l. 9. quae res pignori (20, 3), l. 19. §. 6, l. 66. pr. de furtis (47, 2), und noch andere bedeutendere existiren nicht selten in der Meinung der Kontrahenten; von der Exkussions-Einrede kann also in einem solchen Falle niemals die Rede sein. Kommt aber umgekehrt zu einer Spezialhypothek ein Generalpfand hinzu, und von diesem Falle allein reden die angeführten Gesetze, so liegt es ganz in der Natur der Sache, wenn man hierin einen stillschweigenden Vertrag des Inhalts erblickt, daß zwar ein alsbaldiges Pfandrecht auch an dem ganzen übrigen Vermögen existiren solle, der Gläubiger aber zunächst die speziell verpfändeten Sachen anzugreifen verspreche, und auf diesen Vertrag darf dann jeder Besitzer den Gläubiger vermittelst einer exceptio [doli] verweisen, arg. l. 21. §. ult., l. 22—26. de pact. (2, 14), die eben unsere s. g. exceptio excussionis realis ist. Wem aber diese Einrede zusteht, der hat sie auch absolut, d. h. ohne Rücksicht darauf, wer die speziell verpfändete Sache besitzt, und nur, wenn der Schuldner selbst sich derselben bedient, muß die Einschränkung gemacht werden, daß sie nur dann wirksam wird, wenn nicht der dritte Besitzer des Spezialpfands den klagenden Gläubiger mit der exceptio excussionis personalis auf den Schuldner zurückweist. —

Mit der bisher behandelten Frage hängt auch einiger Maaßen die andere zusammen, ob ein Gläubiger, welchem wegen einer Forderung mehrere Spezialhypotheken zustehen, auch dann von seinem ihm allerdings rechtlich zustehenden Wahlrechte [l. 8. de distract. pignor. (20, 5)] Gebrauch machen dürfe, wenn auf einer der verpfändeten Sachen Nachhypotheken ruhen, auf der andern nicht? eine Frage, die gewiß wohl (s. jedoch auch Sintenis S. 471 fgg.) mit Rücksicht auf das Prinzip des röm. Rechts beantwortet werden muß, daß Niemand ein ihm zustehendes Recht blos zur Chikane eines Anderen gebrauchen dürfe, Guyet im civ. Archiv XVIII. S. 368 fgg., Arnold, prakt. Erörtr. Heft 2. Nro. 9. S. 171 fgg. Ruhen aber auf jedem der mehreren Spezialpfänder Nachhypotheken, so kann, abgesehen von einem Konkurs, dem Kreditor das Wahlrecht gewiß nicht abgesprochen werden; ist aber Konkurs ausgebrochen, und erhalten also die Kreditoren ihre Befriedigung vom Gerichte, so dürfte wohl die natürlichste und konsequenteste Aushilfe die sein, welche Guyet a. a. O. vorschlägt. Hiernach nämlich erhält der Kreditor aus beiden Pfändern in der Art seine Befriedigung, daß ihm zunächst aus dem Erlös eines jeden einzelnen Pfandes, so als wenn es das einzige wäre, seine ganze Forderung, so weit es angeht, befriedigt wird; um wieviel er dadurch zu viel erhält, wird ihm dann gleichmäßig von dem Erlös

beider Pfänder abgezogen und dem nachstehenden Gläubiger zugetheilt, so daß z. B. Jemand, dem wegen einer Forderung von 4000 zwei Immobilien verpfändet waren, wovon die eine für 4000, die andere für 3000 verkauft wurde, von dem Erlös der ersten Immobilie 2285$\frac{5}{7}$, von dem der anderen 1714$\frac{2}{7}$ erhält, welche Summen dadurch herauskommen, daß $\frac{4}{7}$ von dem Kaufschilling des einen, wie des andern Pfandes abgezogen werden. Vgl. auch Sintenis S. 475 fgg.; mehr oder weniger abweichende Ansichten werden vertheidigt von Brackenhöft in Weiske's Rechtsler. IV. S. 418 fgg. und im ziv. Archiv XLIII. S. 229 fgg., Arnold a. a. O. S. 175 fgg., Fontenay im ziv. Arch. XXXVII. S. 163 fgg., Seuffert's Archiv VIII. S. 149 fgg., Simon im ziv. Arch. XLI. S. 345 fgg., Windscheid, Lehrbuch §. 241. Note 1. — Eine verwandte Frage behandelt Schäffer im ziv. Archiv XXXVIII. S. 96 fgg.

b) Das beneficium excussionis personalis, welches von Justinian in Nov. 4. c. 2. eingeführt wurde, besteht, so weit es hierher gehört, darin, daß der dritte Besitzer eines Pfandes verlangen kann, daß zuerst der Schuldner selbst und dessen Bürge persönlich ausgeklagt werde, und daß der dritte Besitzer eines vom Bürgen bestellten Pfandes zunächst auf den Besitzer des vom Schuldner selbst bestellten Pfandes verweisen kann. Daß durch Nov. 112. c. 1. dem dritten Besitzer eines Spezialpfands dieses beneficium wieder entzogen worden sei, wie besonders *Conradi*, de beneficio excussionis possessori hypothecae specialis non competente. Helmst. 1747. und neuerlich Löhr im ziv. Archiv XXVI. S. 6 fgg. behaupten, ist gewiß irrig, sondern jene Novelle, richtig verstanden, sagt in den hierher gehörigen Worten: hac vero litigiosi appellatione rel. ganz einfach: eine Sache werde dadurch, daß Hypotheken auf ihr ruhen, nicht zur litigiosa, und es stehe also die Litigiosität einer Veräußerung von Seiten des Schuldners nicht entgegen; nur verstehe es sich, daß wenn der Kreditor nicht befriedigt werde, er die Sache bei dem dritten Besitzer verfolgen dürfe; vgl. auch Busch im ziv. Archiv XXXI. S. 20 fgg. Etwas anders, aber zu künstlich erklärt die Stelle Glück XVIII. S. 372 fgg. — Das benef. exc. pers. fällt aber der Natur der Sache nach hinweg, wenn der Gläubiger den Besitz der verpfändeten Sache schon hatte, und nun zufällig wieder verlor, so wie nach der besondern Vorschrift Justinians, wenn der Schuldner abwesend ist und in einer vom Richter festzusetzenden Zeit nicht erscheint; denn die Behauptung Heimbach's in Gießer Zeitschr. XIII. S. 392 fgg., daß diese Ausnahme von dem benef. excuss. blos bei Bürgen und andren Interzedenten, aber nicht auch bei dritten Besitzern einer verpfändeten Sache Platz greife, ist doch gewiß unbegründet, vgl. auch Löhr a. a. O. S. 2 fgg. Ob übrigens diese Ausnahme auch, wie Viele wollen, auf den Fall ausgedehnt werden dürfe, wenn Konkurs über den Schuldner ausbricht, muß bezweifelt werden, vgl. Chop im ziv. Archiv XV. S. 50 fgg., und auch die Mittelmeinung, welche Sell in Gießer Zeitschrift III. S. 243 fgg. aufstellt, daß man unterscheiden müsse, ob der Konkurs von vorneherein weitaussehend sei oder nicht, ist wohl schwerlich zu billigen.

2) Von dem interdictum Salvianum. §. 390.

Dig. XLIII. 33. de Salviano interdicto; Cod. VIII. 9. de [precario et] Salviano interdicto.— *A. Faber*, de error. Pragmat. dec. 58—61, Zimmern in Gießer Zeitschr. I. S. 54 fgg., und im Archiv XI. S. 345 fgg., Thibaut, das. Abh. 7, Huschke, Studien I. Abh. 4, Fritz, Erläutr. S. 538 fgg., Sintenis §. 60, Rudorff a. a. O. S. 209 fgg., Bachofen I. S. 107 fgg., Keller a. a. O. S. 965 fgg. Vgl. auch Puchta, Kursus der Institut. II. §. 251, Leist, die bon. poss. I. S. 377 fgg., Francke im ziv. Archiv XXX. S. 175 fgg.

1) §. 3. i. f. J. de interd. (4, 15): Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. Cf. *Gai.* IV. §. 147.

2) *Julian.* l. 1. de Salv. interd. (43, 33): Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit, et eam vendiderit, quod apud emtorem ex ea natum est, ejus apprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet. §. 1. Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur; inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli apprehendent. §. 2. Idem servari conveniet, et si colonus rem, quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur.

3) *Ulpian.* l. 2. eod.: In Salviano interdicto, si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta, possessor vincet, et erit iis descendendum ad Servianum judicium.

4) *Gordian.* l. 1. C. de precar. et Salv. interd. (8, 9): Si te non remittente pignus debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venumdedit: integrum tibi jus est, ea persequi, non interdicto Salviano (id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit), sed Serviana actione, vel quae ad ejus exemplum instituitur utili adversus emtorem exercenda.

Anm. Von dem Grundsatze des alten Rechts, daß eine Verpfändung nur vermittelst Eigenthums- oder Besitz-Uebertragung der zu verpfändenden Sache geschehen könne (fiducia und pignus), brach sich zunächst eine Ausnahme Bahn bei der locatio von praedia rustica und urbana, eine Ausnahme, welche für die Entwicklung des römischen Pfandrechts von der entschiedensten Wichtigkeit geworden ist. In jenen beiden Rechtsverhältnissen lag es nämlich gar sehr in der Natur der Sache, daß der Lokator sich eine Realsicherheit an den Invekten und Illaten des Pachters oder Miethers suchte, und doch waren gerade hierbei sowohl die fiducia als das pignus augenscheinlich theils ganz unanwendbar, theils mit den größten Inkonvenienzen verbunden, und so mußte denn praktisches Bedürfniß dahin führen, in diesen beiden Fällen auch schon dem blosen Vertrage, daß die invecta und illata verpfändet sein sollten, eine rechtliche Wirksamkeit beizulegen. Bei der Häusermiethe wurde dies einfach dadurch bewerkstelligt, daß man aus einem solchen Pfandvertrage — welcher sich später wegen seiner Häufigkeit als von selbst verstehend angenommen wurde, vgl. oben §. 376. Anm. — dem Hausherrn das Recht einräumte, sich eigenmächtig durch Perklusion seines Hauses in den Besitz der verpfändeten Sachen zu setzen, und die Wegschaffung derselben zu verhindern, l. 9. in quib. caus. pign. (20, 2), ein Recht, gegen dessen Mißbrauch dem Miether das *interdictum de migrando* gegeben wurde, Dig. XLIII. 32. Bei der Landpacht, wobei auch von Alters her solche Pfandverträge gebräuchlich waren, vgl. die Pachtformulare bei *Cato* de re rust. c. 146 sqq., konnte begreiflich eine solche Perklusion nicht Statt finden, und hierbei wurde denn dadurch geholfen, daß der Grundherr bei der Besitzergreifung der pignoris nomine inferirten Sachen mittelst eines interdictum adipiscendae possessionis geschützt wurde; und dieses ist das *interdictum Salvianum,* dessen formula wahrscheinlich etwa so lautete: „Si is homo, quo de agitur, est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eum fundum, quo de agitur, inducta, invecta, importata, ibi nata factave essent, ea pignori illi pro mercede ejus fundi essent, quominus illi eum abducere liceat, vim fieri veto". Vgl. über andre Restitutions-Versuche Huschke a. a. O. S. 398, Rudorff a. a. O. S. 209, Keller a. a. O. S. 977. Hierbei sind im Einzelnen noch folgende Punkte in Betracht zu ziehen:

1) Gewöhnlich hält man das interdictum Salvianum für ein restitutorisches, wofür auch allerdings die Analogie der meisten andren interdicta adipiscendae possessionis zu sprechen scheint. Doch ist dieses Letztre nicht ausnahmslos, vgl. l. 2. §. 3. de interd. (43, 1), und Veranlassung und Zweck sprechen entschieden dafür, daß das interd. Salv. vielmehr prohibitorisch ist, vgl. auch l. 52. §. 2. de acq. v. am. poss. (41, 2), l. 3. C. de pignor. (8, 14), *Eg. Baro,* Manual. lib. VI. tit. 33. und ad. §. 3. J. de interd., *A. Faber* err. Pragm. dec. 58. err. 3 und 5, Rudorff S. 203 fgg., Bachofen S. 11. 13, Keller S. 977.

2) Sehr streitig ist es, ob das interd. Salvianum im spätern römischen Rechte einem jeden Pfandgläubiger eingeräumt worden, oder ob es immer auf den Verpachter eines praedium rusticum beschränkt geblieben sei? Die Mehr-

zahl der Theoretiker nahm von jeher das Erstere an, und auch eine sehr konstante Praxis hat sich dafür ausgesprochen, vgl. die Nachweisungen bei Thibaut a. a. O. S. 132; dagegen aber haben sich die meisten neueren Bearbeiter unserer Lehre ausgesprochen, vgl. Zimmern a. d. aa. OO., Huschke S. 349 fgg., Sintenis cit., Rudorff S. 215. 224, Bachofen S. 17, Puchta a. a. O. S. 750, Francke S. 177. Ich muß noch fortwährend die erste Meinung für die richtige halten. Bedenkt man den Bildungsgang, den die actio hypothecaria nahm, indem dieselbe als actio Serviana auch nur dem Verpachter zustand, nachher aber als actio quasi Serviana auf jeden Pfandgläubiger angewendet wurde, so scheint es das Natürlichste, dasselbe auch bei dem interd. Salvian. anzunehmen, und in der That ist dies wohl auch das Resultat unserer Gesetze. Wenn nämlich in unsren Quellen meistens gerade nur der Verpachter genannt wird, so erklärt sich dies leicht aus der ursprünglichen Beschränkung dieses Interdikts. Daß man es aber späterhin allgemein jedem Pfandgläubiger einräumte, geht wohl schon aus l. 2. §. 3. de interd. (43, 1) hervor, wo Paulus allgemein sagt: Salvianum interdictum, quod est de pignoribus, noch bestimmter aber aus *Paul.* V. 6, 16; denn wenn es da heißt: von einem durch Konvention bestellten Generalpfande seien manche Sachen ausgenommen, und bei diesen finde also auch das Interdikt nicht Statt, so muß daraus doch wohl gefolgert werden, daß bei den nicht ausgenommenen Sachen dasselbe allgemein Platz greife, und es ist gewiß willkührlich, hier mit Huschke S. 356. als Subjekt des Satzes einen Pachter zu subintelligiren. Außerdem spricht auch für die richtige Meinung sehr bestimmt L. 4, denn Gordian sagt hier: das Interdikt stehe zu adversus conductorem *debitoremve,* durch welches letztere Wort doch gewiß die spätere Erweiterung über das Pachtverhältniß hinaus ausgedrückt werden soll, denn schwerlich kann man der Interpretation beistimmen, welche von Zimmern a. a. O. aufgestellt, und von Huschke und Sintenis gebilligt ist, daß man die Worte: debitorem conductoremve kopulativ zu nehmen habe, etwa so, als wenn der Kaiser gesagt hätte, conductorem eundemque debitorem, und ihr Sinn also nur der sei: das Interdikt stehe gegen denjenigen zu, welcher durch Pacht Schuldner geworden sei; vgl. dagegen auch Basil. XXV. 2. 36. Endlich kann auch hierfür noch das Reskript von Sever und Antonin in l. 3. C. de pignor. (8, 14) angeführt werden:

„Creditores, qui non reddita sibi pecunia, conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur, *attamen auctoritate Praesidis possessionem adipisci debent*",

denn hier liegt auch nicht die mindeste Beziehung auf ein Pachtverhältniß vor, und doch ist unzweideutig in den Schlußworten auf die Zulässigkeit eines interdictum adipiscendae possessionis hingewiesen. (Der Sache nach sind hiermit auch Rudorff und Bachofen a. d. aa. OO. einverstanden, denn wenn dieselben auch das interd. *Salvianum* leugnen, so nehmen sie doch allgemein die Zulässigkeit von interdicta adipiscendae possessionis an, die sich freilich nicht an das interd. Salv. angelehnt hätten, sondern repentina gewesen wären).

3) Bestrittener noch ist die andre Frage, gegen wen das interd. Salv. angestellt werden könne? vgl. über die älteren Meinungen die sorgfältigen Nach-

weisungen bei Thibaut a. a. O. S. 136 fgg. und dazu die neueren, auch wieder sehr von einander abweichenden Darstellungen von Huschke S. 378 fgg., Sintenis a. a. O., Rudorff S. 220 fgg., Bachofen S. 14 fgg., Keller S. 970 fgg. S. 978 fg. Faßt man das Gordianische Reskript in T. 4. ohne vorgefaßte Meinung auf, so ist da m. E. ganz unzweideutig ausgesprochen, daß das Interdikt nur gegen den Konduktor oder anderweiten Schuldner Statt finde, und gegen den Käufer der Sache die actio Serviana oder quasi Serviana angestellt werden müsse. Wie wenig Zimmern's Interpretation, wornach das Interdikt blos darum abgesprochen wäre, weil die Schuld nicht aus einem Pachtvertrag entstanden sei, gebilligt werden kann, ist schon vorher bemerkt worden, und für ganz unzulässig muß ich auch die neue Erklärung von Rudorff S. 223 fg. halten, welcher alles Gewicht auf die Worte *te non remittente* legt, indem er dieselben so versteht, daß der Gläubiger zwar wohl in den Verkauf eingewilligt, aber sich sein Pfandrecht vorbehalten hätte, und daraus dann die Entscheidung Gordians erklärt (das Interdikt stehe nicht zu, weil der Gläubiger in den Verkauf eingewilligt habe, die actio hypothecaria aber sei noch begründet, weil ja das Pfandrecht vorbehalten sei). Abgesehen davon, daß diese Motive auch nicht mit einem Worte in der Gordianischen Entscheidung angedeutet werden, so muß diese Interpretation auch schon wegen der ganz willkürlichen Behauptung verworfen werden, daß das non remittere stillschweigend eine Einwilligung in die Veräußerung involvire, was um so unzulässiger ist, da nach Rudorff's Annahme die Entscheidung Gordian's gerade auf diese Einwilligung gegründet sein soll, und darum eine bestimmte Hervorhebung derselben um so nöthiger gewesen wäre, vgl. auch Bachofen S. 14 fg. Not. 12. Ueberhaupt scheint es mir unmöglich, durch Interpretation einen andern, als den oben angedeuteten Sinn in das Gordianische Reskript zu legen, und da nun auch eine Korruption der Lesart schlechthin nicht indizirt ist — die Donellische Konjektur, wornach gelesen werden soll: adversus conductoris rem debitorisve, ist aus äußern und innern Gründen schlechthin verwerflich —: so dürfen wir es wohl als einen entschiedenen Grundsatz des Codex ansehen, daß das Salvianische Interdikt gegen dritte Besitzer der verpfändeten Sache nicht angestellt werden könne, und es bleibt daher nur die Frage übrig, in welchem Verhältniß hierzu die Aussprüche von Julian in l. 1. pr. §. 1. h. t. (T. 2.) und Theophilus ad §. 3. I. de interd. stehen? Der Letztere sagt nämlich geradezu:

„κατὰ παντὸς κατέχοντος τὰ τοῦ κολωνοῦ πράγματα κινηθήσεται τὸ Σαλβιάνειον ἰντέρδικτον",

und Julian gestattet in l. 1. pr. h. t. das Interdikt gegen den Käufer, und in l. 1. §. 1. eod. gegen einen andren Pfandgläubiger, und allgemein *adversus extraneum.* Die früher beliebte Unterscheidung zwischen einem interd. *directum,* wovon Gordian, und einem interd. *utile,* wovon Julian rede, wird h. z. T. mit Recht allgemein verworfen, denn offenbar spricht Gordian gegen den Käufer das Interdikt ganz ab, und verweis't ausschließlich auf die hypothekarische Klage, und in der für diese Unterscheidung vorzüglich angeführten l. 1. pr. h. t. giebt Julian das interd. utile nicht deßhalb, weil es gegen den Käufer gebraucht wird, sondern weil das Sklavenkind, wegen dessen es angestellt wird, erst bei dem

Käufer geboren ist. Da nun auch die übrigen Vereinigungs-Versuche — so soll in l. 1. pr. cit. supponirt werden, daß das Interdikt nicht gegen den Käufer, sondern gegen den Kolonen angestellt werde, welcher nach Puchta's und Bachofen's Meinung als *fictus* possessor hafte, oder nach Faber's error. Pragmat. dec. 59. err. 9. Ansicht als Wiederbesitzer in Folge einer actio redhibitoria gedacht werden müsse; und so sollen in l. 1. §. 1. cit. die Worte: adversus extraneum blos auf den Pachter im Gegensatz der Mitgläubiger bezogen werden — da, sage ich, auch diese anderweiten Vereinigungs-Versuche gewiß unhaltbar sind: so bleibt m. E. nichts übrig, als den Widerstreit zwischen Codex und Pandekten offen zuzugeben, und denselben aus einem, nach Einführung der actio Serviana und quasi Serviana auch leicht erklärlichen Wechsel der Theorie zu erklären, vgl. auch Thibaut a. a. O. und die dort S. 141 fg. Genannten, Keller a. a. O. S. 980. Daß hiernach der bestimmte Ausspruch des Codex den Pandektenstellen vorgezogen werden muß, scheint mir noch immer, ungeachtet des Machtspruches von Rudorff a. a. O. S. 224. Not., keinem begründeten Zweifel unterworfen.

4) Viele Schwierigkeit hat unsren Interpreten die l. 1. §. 1. und l. 2. h. t. (T. 2. 3.) verglichen mit l. 10. de pignor. (20, 1) gemacht. Läßt man die eben so kühnen, als unnützen Konjekturen von *A. Faber* dec. 58. err. 8, welcher in l. 1. §. 1. cit. statt *Salviano* interdicto lesen will: *Serviana non* interdicto, und von *Water* obs. I. 14, welcher mit gleichem Sinne *Serviano judicio* zu lesen vorschlägt, wie billig, unberücksichtigt, und versteht man unter der *utilis actio* nicht, wie die Meisten, und freilich auch schon die Basiliken LX. 17. 28. annehmen, die utilis Serviana actio, sondern übersetzt man diese Worte mit „wirksame Klage", in welchem Sinne der Ausdruck utilis actio bekanntlich öfter vorkommt, vgl. Büchel in Richter's Jahrb. 1837. S. 116, Rudorff a. a. O. S. 242. Not., Bachofen S. 16. Not. 16: so ist der Sinn der l. 1. §. 1. cit. einfach folgender: „wenn ein Pachter in das von zwei Miteigenthümern gepachtete Grundstück Sachen so einbringt, daß dieselben einem Jeden der beiden Miteigenthümer in solidum verpfändet sein sollen, so kann Jeder von Beiden das interd. Salvianum mit Erfolg gegen einen Dritten gebrauchen, während, wenn es der Eine gegen den Andren gebrauchen wollte, immer der Besitzer den Sieg davonträgt; war es aber die Absicht, daß einem Jeden von beiden nur die eine Hälfte der eingebrachten Sachen verpfändet sein solle, so hat ein Jeder sowohl gegen Dritte als gegen den Andren eine wirksame Klage [nämlich das interd. Salvianum, wovon hier ja allein die Rede ist] darauf, daß ihm die Hälfte der eingebrachten Sachen ausgehändigt werde". Ganz dasselbe, was hier Julian von dem interd. Salv. sagt, ganz dasselbe, und merkwürdiger Weise mit denselben Worten, sagt Ulpian in l. 10. de pignor. von der actio Serviana, und, wenn es nun dennoch in l. 2. h. t. heißt, daß dann, wenn ein Pachter in das von zwei Miteigenthümern gepachtete Grundstück Pfänder eingebracht habe, im Salv. interd. immer der Besitzer siege, und es also zur Servianischen Klage kommen müsse, so dringt sich freilich die Frage auf, was denn dem im Salvianum besiegten Nichtbesitzer noch die Serviana helfen könne, da ja nach l. 10. cit. in diesem Falle die Serviana actio ganz unter denselben Grundsätzen steht, wie das interd. Salvianum, und

der Nichtbesitzer auch bei dieser Klage unterliegen muß? Diese Schwierigkeit hebt sich aber durch die Erwägung, daß Ulpian in l. 10. cit. offenbar nur von solchen Fällen redet, in welchen alle Voraussetzungen der actio Serviana bei beiden Pfandgläubigern in ganz gleicher Weise vorhanden sind, und eben darum nur der Besitz den Ausschlag geben kann. Es giebt nun aber auch noch Fälle, in denen zwar die Voraussetzungen des *interd. Salvianum* ebenfalls bei beiden Gläubigern gleich sind, und darum in diesem Interdikt der Besitzer siegen muß, in denen aber die weiteren Voraussetzungen der *actio Serviana* nicht bei beiden Gläubigern gleich sind, und es eben darum sehr wohl geschehen kann, daß bei dieser Klage der Nichtbesitzer den Sieg davonträgt, und für Fälle dieser Art verweis't Ulpian in l. 2. h. t. mit größtem Rechte den im Salvianum Besiegten auf die actio Serviana. Setzen wir z. E., der Pachter inferirt pignoris nomine in das gemeinsame Grundstück fremde Sachen, und der Eigenthümer hat nur zu der Verpfändung an den Einen der Miteigenthümer seine Einwilligung gegeben, so kommt dieser letztre Umstand bei dem interd. Salvianum gar nicht in Betracht (s. Nr. 5.), und es muß also bei diesem Interdikte immer der Besitzer siegen; ist nun aber hierbei derjenige unterlegen, welcher die Einwilligung des Eigenthümers für sich hat, so stellt dieser jetzt mit vollem Erfolge die actio Serviana an, und wird dann den Besitzer besiegen, weil es diesem an einer nothwendigen Voraussetzung für diese Klage fehlt. Vgl. Rudorff a. a. O. S. 241 fgg. Daß nach dieser Auslegung der einschlagenden Gesetze, welche ich jetzt unbedenklich für die richtige halte, die darin angeblich ausgesprochene Eigenthümlichkeit des interd. Salvianum, daß nämlich dasselbe wegen eines an einem ideellen Theile einer Sache konstituirten Pfandrechts nicht gebraucht werden dürfe, sondern in einem solchen Falle nur die actio Serviana oder quasi Serviana angestellt werden könne, vgl. *Cujac.* Obss. V. 24, Savigny in der gesch. Zeitschr. VI. S. 238 fgg., Huschke S. 373 fgg., nicht begründet ist, bedarf keiner besondren Ausführung; man kam zu diesem singulären Satze dadurch, daß man, gewiß mit Unrecht, glaubte, die in l. 1. §. 1. cit. angeführte utilis actio könne keine andre, als die utilis actio Serviana sein, und darin dann eine Ausschließung des interdictum Salvianum fand.

5) Schließlich ist hier auch noch das Verhältniß unsres Interdikts zu der actio hypothecaria zu bestimmen. Was zunächst das historische Verhältniß dieser beiden Rechtsmittel anbelangt, so wird h. z. T. mit größtem Rechte von den Meisten angenommen, daß die Einführung des interd. Salvianum der actio Serviana vorausgieng, vgl. bes. Huschke, Rudorff, Bachofen und Keller a. d. aa. OO. Allerdings zwar hat noch neuerlich Leist bon. poss. I. S. 377 fgg. das Gegentheil behauptet, indem er den Grund der Einführung des Interdikts darin finden will, weil die actio Serviana nur nach fällig gewordenem Pachtgeld angestellt werden könne, und es deßhalb ein Bedürfniß für den Verpachter gewesen sei, ein Rechtsmittel zu haben, welches ihm auch vor der Fälligkeit den Besitz der verpfändeten Sache zu verschaffen geeignet sei, und dieses sei eben das interd. Salvian. gewesen; aber diese Ansicht beruht doch gewiß auf einer Verkennung des eigentlichen Wesens dieses Rechtsmittels, und ist überdies auch in ihrer Voraussetzung irrig, indem auch die actio Serviana schon vor der Fälligkeit

der Forderung mit Wirksamkeit gebraucht werden kann, l. 14. pr. de pignor. (20, 1), eine Stelle, welche man unmöglich mit Leist auf das Faustpfand beschränken darf. — Bestrittener ist auch noch h. z. T. das praktische Verhältniß beider Klagen. Während nämlich Manche in Beiden auf gleiche Weise Rechtsmittel sehen, in denen definitiv über das Pfandrecht entschieden werde, weßhalb sie denn auch nur alternativ die eine oder die andre Klage gestatten, eine Ansicht, welche in neuerer Zeit am gründlichsten von Huschke S. 385 fgg. vertheidigt worden ist, geht die Mehrzahl der älteren und neueren Rechtslehrer davon aus, daß mit dem interd. Salvianum nur provisorisch zum Zweck der Besitzerlangung gestritten werde, uud dann doch noch immer ein definitives Rechtsmittel folgen könne, ohne daß die exceptio rei judicatae entgegenstehe. Gewiß ist die letztre, namentlich auch wieder von Thibaut a. a. O., Löhr im zivil. Archiv XII. S. 92 fgg., Leist a. a. O. S. 360 fgg., Rudorff a. a. O. S. 237 fgg. vertheidigte Meinung die allein wahre, und sie ergiebt sich von selbst aus den richtigen Ansichten über das Wesen der possessorischen Interdikte, und namentlich der interdicta adipiscendae possessionis. Mit der *actio hypothecaria* will der Kläger Anerkennung und Geltendmachung seines Pfandrechts erlangen, und zur Durchführung dieser Klage müssen natürlich alle wesentlichen Voraussetzungen des Pfandrechts von dem Kläger bewiesen werden, wozu bekanntlich nicht blos die Verpfändung, sondern insbesondre auch noch das Dasein einer Forderung, und das in bonis des Verpfänders gehören. Ganz anders aber verhält es sich mit unsrem Interdikte. Dieses geht blos auf Besitzerlangung, und zu diesem Zwecke genügt schon vollständig der Beweis, daß die Thatsache der Verpfändung vorhanden sei („rem pignoris nomine inductam esse“), ohne daß dabei irgend die andren Essentialien des Pfandrechts in Betracht kämen. Dafür sprechen unzweideutig alle Quellenzeugnisse, die das Interdikt erwähnen, und besonders scharf tritt dieser Gegensatz zwischen den beiden Rechtsmitteln in den Institutionen hervor. Von der actio Serviana heißt es in §. 7. J. de act. (4, 6):

> „Serviana autem experitur quis de rebus coloni, *quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur*“,

während dort von dem interdict. Salvianum in §. 3. J. de interd.. (4, 15) gesagt wird:

> „eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, *quas is pro mercedibus fundi futuras pepigisset*“,

und offenbar ist also auf unser Interdikt wörtlich das anzuwenden, was Ulpian für das, mit dem Salvianum überhaupt nahe verwandte interdictum de migrando in l. 1. §. 5. de migr. (43, 32) sagt:

> „Illud notandum est, Praetorem hic non exegisse, ut in bonis fuerit conductoris, nec ut esset pignori res illata, sed si pignoris nomine inducta sit. Proinde et si aliena sint, et sint talia, quae pignoris nomine teneri non potuerint, pignoris tamen nomine introducta sint, interdicto huic locus erit“.

Daß bei dieser wesentlichen Verschiedenheit des interd. Salvianum und der actio hypothecaria von einer exceptio rei judicatae keine Rede sein kann, vgl. l. 14. §. 3. de exc. rei judic. (44, 2), versteht sich von selbst, und zu

allem Ueberfluß findet sich hierfür auch noch ein spezielles Zeugniß in l. 2. h. (T. 3), indem hier Ulpian den Kläger, welcher in dem interd. Salvian. unte legen war, auf die hypothekarische Klage verweis't, denn die Annahme vo Savigny in der gesch. Zeitschr. VI. S. 268, daß man hier supponiren müss das Interdikt sei hier sogleich, als eine unpassend gewählte Klage, vom Prät denegirt worden, ist doch gewiß unzulässig, s. auch Löhr im ziv. Arch. XI S. 93.

3) Von der Klage im Falle eines pignus nominis. §. 39

Vgl. oben §. 368. Anm. 1. und die dort Angeff.

IV. Von der Erlöschung des Pfandrechts. §. 39

Dig. XX. 6. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. — Sintenis, Handbuch §. 69. 70.

1) *Marcian.* l. 13. §. 4. de pignorib. (20, 1): Etiam creditor judicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligat quia suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si solu est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet.

2) *Dioclet.* et *Maximian.* l. 3. C. de luit. pignor. (8, 31 — — Cum etiam edicto perpetuo actione proposita, pecun soluta creditori vel si per eum factum sit, quo minus solv retur, ad reddenda ea, quae pignori acceperit, jure eum sat evidenter urgeri, manifestum est.

3) *Philipp.* l. 19. C. de usur. (4, 32): — — Cum Se viana etiam actio manifeste declaret, pignoris inhiberi pers cutionem, vel solutis pecuniis, vel si per creditorem steteri quo minus solvantur.

4) *Paul.* l. 12. pr. quib. mod. pig. solvit. (20, 6): Paul respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentiente quum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus suu pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum ej successisse, et ideo medii creditoris meliorem causam effectam

Anm. Unter den mancherlei Erlöschungsgründen des Pfandrechts si hier folgende hervorzuheben:

1) Erlöschung der prinzipalen Obligation. Gewöhnlich stellt ma in Gemäßheit der Regel: principali re peremta accessiones quoque exti guuntur die allgemeine Regel auf, daß sobald die Hauptobligation erloschen se

auch von selbst das Pfandrecht wegfallen müsse. Nach der ausdrücklichen Vorschrift des Prätorischen Edikts soll aber die **actio hypothecaria**, ähnlich, wie die **actio de constituta pecunia**, nur dann wegfallen, wenn entweder der Gläubiger bezahlt, oder sonst befriedigt, oder er doch mit seinem Willen nicht befriedigt ist, T. 1—3, vgl. auch l. 13. §. 1. ad SC. Vellej. (16, 1), l. 11. §. 4. qui potior. (20, 4), l. 49. de solut. (46, 3), so daß also die Pfandklage, und damit das Pfandrecht bestehen bleibt, wenn die Hauptobligation durch einen vom Willen des Gläubigers unabhängigen Umstand erlöscht. Aus dieser Besonderheit erklärt sich a) l. 30. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 27. de pignorib. (20, 1), l. 3. 7. C. de praescript. XXX. annor. (7, 39), l. 2. C. de luit. pignor. (8, 31), vgl. oben §. 151. Anm. a. E. — b) l. 59. pr. ad Trebell. (36, 1). — c) l. 38. §. 5. de solut. (46, 3). — d) l. 13. §. 4. de pignorib. (T. 1). — e) l. 13. §. 1. ad SC. Vellej. (16, 1). Vgl. *Bachov*, de pignorib. lib. V. c. 2. 3, Büchel, zivilr. Erörtr. No. 1. S. 49 fgg. (2. Aufl. Bd. I. S. 55 fgg. S. 114 fgg.), Bekker in sein. Jahrb. IV. S. 417 fgg., Schwanert, Naturaloblig. S. 395 fgg., Schmid, Grundlehren der Zession I. S. 107 fgg., u. s. auch Arndts, Lehrb. §. 391. und Windscheid, Lehrb. §. 249. Hiernach könnte man denken, daß auch durch ungerechte Freisprechung des Schuldners das Pfandrecht des Kreditor nicht erlöschen dürfe; doch wäre dies falsch, **quia res judicata pro veritate habetur**, und also rechtlich angenommen werden muß, daß das Schuldverhältniß gar niemals vorhanden gewesen sei, l. 13. quib. mod. pign. solvit. (20, 6), vgl. oben §. 173. Anm. S. 273 fgg.

2) Entsagung, mag dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Unter den mancherlei Arten der letztern ist besonders der eine Fall streitig, wenn der Pfandgläubiger in eine weitere Verpfändung einwilligt. Während Viele hier nur eine Aufhebung des Vorzugsrechts sehen wollen, vgl. die bei Glück XIX. S. 431 Angeff., und unter den Neueren besonders Vermehren im ziv. Archiv XIII. S. 33 fgg., nimmt die herrschende Ansicht eine Aufgebung des ganzen Pfandrechts an, und offenbar mit Recht, vgl. bes. T. 4, wo Vermehren's Meinung, daß in dem **jus *suum* pignoris remisisse** die Andeutung liege, daß nur die Priorität aufgegeben sei, offenbar verkehrt ist, vgl. auch l. 9. §. 1. quib. mod. pign. solv. Die hier oft noch hergezogene l. 12. §. 4. qui potior. in pign. gehört gar nicht hierher. — Ob übrigens die Entsagung Acceptation des Pfandschuldners voraussetze, darüber vgl. man oben §. 127. Anm.

3) **Konfusion**, d. h. Zusammentreffen des Eigenthums und Pfandrechts in einer Person, weil der Regel nach Niemand ein Pfandrecht an eigner Sache haben kann, l. 29. de pignorat. act. (13, 7), l. 33. §. 5. de usurp. et usuc. (41, 3), l. 45. de R. J. Ob und in wiefern es aber Ausnahmen von dieser Regel gebe, in wiefern also auch ein Pfandrecht an eigner Sache vorkommen könne, ist namentlich in neuester Zeit ausnehmend bestritten, vgl. Wening im ziv. Archiv VI. No. 5, Francke, zivilr. Abh. No. 2, Gebuld v. Jungenfeld, über das Pfandrecht an eigner Sache. Gießen 1827, Büchel, zivilr. Erörtr. No. 2. S. 84 fgg. (2. Aufl. Bd. I. S. 197 fgg.), Fritz, Erläutr. S. 575 fgg.,

Sintenis, pfandrechtl. Streitfragen No. 2 und Handbuch §. 17, Bachofen I. S. 84 fgg. Die Ergebnisse unserer Quellen sind folgende:

a) In manchen Fällen wird **aequitatis causa** die Fortdauer eines Pfandrechts insofern angenommen, als dem Eigenthümer daraus Rechtsmittel zustehen, um sich gegen schlechtere Pfandgläubiger zu schützen, was durch die Fassung der **formula hypothecaria** möglich wurde, und zwar kommt dies vor:

bei dem Käufer einer Sache, wenn mit dessen Geld vorstehende Pfandgläubiger abgefunden sind, l. 17. qui potior. in pign. (20, 4), l. 3. C. de his, qui in prior. (8, 19); vgl. l. 2, l. 3. §. 1, l. 5. §. 1. de distract. pign. (20, 5);

bei dem besseren Pfandgläubiger, dem die verpfändete Sache von dem Pfandschuldner in solutum gegeben oder verkauft wurde, l. 1. C. si antiquior cred. (8, 20), wobei aber doch wohl vorausgesetzt werden muß, daß demselben, als er die Sache an sich brachte, die anderweiten Pfandrechte unbekannt waren;

bei demjenigen, der unbekannt mit dem ihm zustehenden Pfandrecht, das Eigenthumsrecht der verpfändeten Sache an sich bringt, l. 30. §. 1. de except. rei judic. (44, 2):

bei dem schlechteren Pfandgläubiger, der die verpfändete Sache von dem besseren kaufte; doch gehört streng genommen dieser Fall gar nicht hierher, indem hier der Käufer gar nicht eigentlich als Eigenthümer angesehen wird, und ihm demgemäß auch die Sache vom Debitor gegen volle Befriedigung abgeholt werden kann, „non tam acquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse, et ideo offerri ei a debitore potest", l. 6. de distract. pignor. (20, 5).

Ob in diesen Fällen auch eine Pfandklage, oder nur eine Einrede zustehe, ist wenigstens für die beiden ersten Fälle bestritten, vgl. z. B. Sintenis a. a. O.; für den dritten gesteht die l. 30. §. 1. cit. geradezu die **actio pignoratitia** zu, und für den vierten kann dies ebenfalls nicht zweifelhaft sein. Das Richtigste ist gewiß, sie auch in den beiden ersten Fällen einzuräumen, obgleich praktisch wenig davon abhängt, denn jeden Falls kann der Eigenthümer die **vindicatio** gegen den schlechtern Pfandgläubiger anstellen, und sich dann **replicando** gegen die Einrede des Pfandrechts schützen.

b) In manchen Fällen wird dem Berechtigten die Wahl gegeben, eine **actio hypothecaria** oder eine (**utilis**) **vindicatio** anzustellen, wie namentlich dem Mündel, wenn der Vormund mit seinem Gelde Sachen angeschafft hat, vgl. oben §. 376 gegen Ende, der Ehefrau in Betreff der Dotalsachen, l. 30. C. de jure dot. (5, 12), und den Kindern in Betreff der im Falle einer zweiten Ehe an sie fallenden **lucra nuptialia**, l. 6. §. 2. C. de secund. nupt. (5, 9). In diesen Fällen wird aber nicht sowohl gleichzeitig Eigenthum und Pfandrecht, als vielmehr immer nur alternativ eines oder das andere ausgeübt; vgl. jedoch auch Ihering in sein. Jahrbb. I. S. 127 fgg., S. 156.

BIBLIOTHECA BODLEIANA

